Das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo wegen Verletzung der Offenbarungspflicht zu der vertraglichen Haftung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

1975

vorgelegt von
Marianos D. Karassis
Rechtsanwalt in Athen

1974

Das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo wegen Verletzung der Offenbarungspflicht zu der vertraglichen Haftung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Marianos D. Karassis
Rechtsanwalt in Athen

1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Prof. Dr. Arwed Blomeyer
Zweitgutachter: Prof. Dr. Georg Baumert
Tag der mündlichen Prüfung: 18. Februar 1975

Druck: Der Präsident der Freien Universität Berlin – Zentrale Universitätsdruckerei V aA 4, 1 Berlin 41

στούς γονεῖς μου

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547206_0048

INHALTSÜBERSICHT

Einleitung 1

I. Verhältnis zu Mängeltatbeständen 13
1. Kauf 13
a) Verhältnis zu § 463 2 13
1. Die Frage 13
2. Der Tatbestand des § 463 2 13
3. Der Rechtsgrund des § 463 2 18
4. Lösungsversuche aus der Sicht des Tatbestandes und des Rechtsgrundes 22
a. Lösungsversuche aus der Sicht des Tatbestandes. Die Verwendung von logischen Schlüssen: lex spezialis, argumentum e contrario 23
b. Lösungsversuche aus der Sicht des Rechtsgrundes 25
5. Das teleologische Verhältnis 26
6. Aspekte aus dem Gewährleistungsrecht 31
7. Ergebnis 42
Anhang: Die Frage der sog. Mängelfolgeschäden 43
b) Verhältnis zu § 463 1 52
c) Verhältnis zu § 462 54
d) Verhältnis zu § 480 58
e) Verhältnis zu § 460 60
I. Kenntnis und grobfahrlässige Unkenntnis bei § 460 1, 2 60
II. Die Möglichkeit einer Offenbarungspflicht im Rahmen des § 460 2 61
III. Leichtfahrlässige Unkenntnis 65
f) Verhältnis zu § 433 f., 440 67
g) Verhältnis zu § 439 73
2. Schenkung und Leihe 77
I. Schenkung 77
II. Leihe 79
3. Miete und Pacht 80
I. Miete 80
II. Pacht 80
4. Werkvertrag 81

II. Verhältnis zu Anfechtungstatbeständen 85
1. Verhältnis zu § 119, 122, 2078 III 85
I. Der selbstverschuldete Irrtum 85
1. Verhältnis zu § 122 I 85
2. Verhältnis zu § 2078 86
II. Der Irrtum aus Verschulden des Partners. Verhältnis zu § 122 II 87
2. Verhältnis zu § 123 91
I. Abgrenzung des § 123 von §§ 119, 122 91
II. Verhältnis zu § 123 93
III. Verhältnis zu Nichtigkeitstatbeständen 98
1. Verhältnis zu § 125 1 98
I. Die Frage 98
II. Fahrlässige Irreführung 99
1. Die Zulässigkeit der Haftung aus c.i.c. 99
2. Der Umfang der Haftung. Die Anwendung des § 249 und die möglichen Kausalfolgen der fahrlässigen Irreführung 99
A. Der nicht formgerechte Vertragsschluß als mögliche Kausalfolge der fahrlässigen Irreführung 101
1. Die Haftung bei Gleichwertigkeit negativen und Erfüllungsinteresses 101
2. Die Haftung, wenn das negative Interesse größer ist 105
B. Der formgerechte Vertragsschluß als mögliche Kausalfolge der fahrlässigen Irreführung 105
C. Das Mitverschulden 116
III. Vorsätzliche Täusbhung 117
1. Die Notwendigkeit einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse 117
2. Begründungsversuch mit dem Deliktsrecht 118
3. Die "Einrede der allgemeinen Arglist" oder die "Einrede der unzulässigen Rechtsausübung" 118
4. "Kollisionslücke" 121
5. Die Rechtsnorm des § 242. C.i.c. 130
6. Das Mitverschulden 138
2. Verhältnis zu §§ 104 ff. 144
I. Die Möglichkeit einer Haftung des nicht voll Geschäftsfähigen 144
1. Die Haftung der unerkennbar Geisteskranken 144

2. Die Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen, insbesondere des Minderjährigen 156
II. Die Möglichkeit eines Anspruchs des nicht voll Geschäftsfähigen .. 167
3. Verhältnis zu §§ 306, 307 170
I. Die Regelungen der §§ 306, 307 und das Verhältnis zueinander 170
II. Die Unzulänglichkeit der Regelungen 175
III. Das Garantieversprechen 176
IV. Die schuldhafte Herbeiführung der Unmöglichkeit in der Zeitspanne zwischen Versprechen und Versprechensannahme.
Die Notwendigkeit einer Haftung auf Erfüllungsinteresse.
Lösungsversuche: 177
1. Der Zeitpunkt des Versprechens als möglicher Abgrenzungszeitpunkt der anfänglichen und nachträglichen Unmöglichkeit 178
2. Die Bedeutung des § 307 179
3. C.i.c. 181
4. Lösungsversuche mit dem Vertragsrecht 182
a. Das "Versprechen" als Verpflichtungsgrund 182
b. Das "bindende" Versprechen 182
c. Bedingungslehre. Die Vorschrift des § 160 183
4. Verhältnis zu §§ 130, 145 189
I. Begriffliche Unterscheidungen und Fragestellung 189
II. Lösungsversuche mit der Zugangslehre 194
1. Titze 194
2. v. Tuhr 195
3. Flume, Nipperdey 196
III. Die Bedingungslehre. Die Vorschrift des § 162 201
IV. Der Gesichtspunkt der c.i.c.: Zugangsermöglichungspflicht 205
1. Abgrenzung von der Offenbarungspflicht 206
2. Der Entstehungstatbestand 206
3. Nähere Begründung 208
4. Die Zeit der Gebundenheit 210
5. Einseitiger Haftungsausschluß 210
6. Die Verschuldensfrage 211
7. Die Rechtsfolge 211
8. Die Zugangsermöglichungspflicht bei § 153 216

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

v. ALBERTI: Die Mitteilungspflicht über Unvermögen oder Unmöglichkeit und ihre Verletzung, AcP 118 (1920), S. 141 ff.

BALLERSTEDT, Kurt: Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), S. 501 ff.

BALLERSTEDT, Kurt: AcP 157 (1958/59), S. 117 ff. (zu Sp. Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse).

BARTHOLOMEYCZIK, Horst: Erbrecht, 9. Aufl. 1971.

BATTES, Robert: Erfüllungsansprüche trotz beiderseits bewußten Formmangels? JZ 1969, S. 683 ff.

BAUMBACH-HEFERMEHL: Wechselgesetz und Scheckgesetz, 11. Aufl. 1973.

BAUMERT, Georg: Tatbestand und Haftungsmaßstab der einzelnen Pflichten bei der culpa in contrahendo, Diss. Berlin 1955.

BERGER, Erich: Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Diss. Göttingen 1935.

BIEBERSTEIN, M. v.: NJW 1965, S. 1014 ff., Anmerkung zum Urteil des BGH v. 29.1.65, abgedruckt in NJW 1965, S. 812.

BLOMEYER, Arwed: Studien zur Bedingungslehre, I. Teil 1938, II. Teil 1939.

BLOMEYER, Arwed: La promesse de vente vaut vente, Festschrift für Leo Raape, 1948, S. 269 ff.

BLOMEYER, Arwed: Rechts- und Sachmängelhaftung, in: Deutsche Landesreferate zum 3. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, S. 343 ff.

BLOMEYER, Arwed: Der "Anspruch" auf Wandlung oder Minderung, AcP 151 (1950/51), S. 97 ff.

BLOMEYER, Arwed: Fortschritte der modernen Schuldrechtsdogmatik, AcP 154 (1955), S. 527 ff.

BLOMEYER, Arwed: MDR 1957, S. 153 f., Anmerkung zum Urteil des BGH v. 14.7.56 (Parkplatzfall), abgedruckt ebd. S. 149 ff.

BLOMEYER, Arwed: JZ 1958, S. 143, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 25.9.57, abgedruckt ebd., S. 142 f.

BLOMEYER, Arwed: Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 1969.

BLUME, W. v.: Versäumnis des Empfangs von Willenserklärungen, Jher.Jb. 51 (1907), S. 1 ff.

BLUME, W. v.: Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung, Jher.Jb. 55 (1909), S. 209 ff.

BÖHME, Lothar: Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen, Diss. Göttingen 1964.

BOEHMER, Gustav: Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. I, 1950, Bd. II, 1. Abtlg. 1951, 2. Abtlg. 1952.

BRECHT: System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzung und Verzug), Jher.Jb. 53 (1907/08), S. 213 ff.

BREIT, James: Schutz der Banken gegen Geisteskranke durch Geschäftsbedingungen, BankA 1912, S. 140 ff.

BRENNER, W.: Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Diss. Frankfurt 1926.

BROX, Hans: Erbrecht, 2. Aufl. 1972.

BURCKHARDT, Walter: Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, 1925.

BYDLINSKI, Franz: Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967.

v. CAEMMERER: Falschlieferung, Festschrift für Martin Wolff, 1952, S. 3 ff.

v. CAEMMERER: Wandlungen des Deliktsrechts, Festschrift zum 100. Bestehen des DJT, Bd. II, S. 49 ff.

CANARIS, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964.

CANARIS, Claus-Wilhelm: Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus "culpa in contrahendo", Gefährdung und Aufopferung, NJW 1964, S. 1987 ff.

CANARIS, Claus-Wilhelm: Haftung Dritter aus positiver Forderungsverletzung, VersR 1965, S. 114 ff.

CANARIS, Claus-Wilhelm: Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, S. 475 ff.

CANARIS, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

COING, Helmut: NJW 1949, S. 755, Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 16.2.49, abgedruckt ebd.

COING, Helmut: Form und Billigkeit im modernen Privatrecht, Deutscher Notartag 1965, S. 29 ff.

COSAK-MITTELSB Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 8. Aufl. 1927.

CROME, Karl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I Allgemeiner Teil 1900.

DANZ, Erich: Sind alle Rechtsgeschäfte eines Geisteskranken nichtig? JW 1913, S. 1016 ff.

DAVID, Albert: Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, Gruch.B 46 (1902), S. 232 ff.

DIEDERICHSEN, Uwe: Auftragslose Geschäftsführung des Minderjährigen als Problem der juristischen Methode, MDR 1964, S. 889 ff.

DIEDERICHSEN, Uwe: "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" und Mangelfolgeschäden, AcP 165 (1965), S. 150 ff.

DIEDERICHSEN, Uwe: Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden beim Vertragsschluß und Sachmängelgewährleistung, BB 1965, S. 401 ff.

DILCHER, Hermann: Der Zugang von Willenserklärungen, AcP 154 (1955), S. 120 ff.

DÖLLE, Hans: Außergesetzliche Schutzpflichten, ZStW 103 (1943), S. 67 ff.

DÖLLE, Hans: Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des 42. DJT in Düsseldorf 1957, Bd. II, Teil B, Tübingen 1958, S. 1 ff.

DÖLLE, Hans: Absurdes Recht? Festschrift für Nipperdey, Bd. II, 1965, S. 23 ff.

DÖMPKE, Gerhard: Die Grundlage und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen, Königsberger Diss. 1933.

ECCIUS: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Gruch.B 43 (1899), S. 305 ff.

EICHLER, Gerhard: Rechtsmißbräuchliche Berufung auf Formvorschriften, Stud. u. Prax. 1965, S. 237 ff.

ENDEMANN, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8./9. Aufl. Bd. I, 1903.

ENNECCERUS-LEHMANN: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung 1958.

ENNECCERUS-NIPPERDEY: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1959/60.

ERMAN, Walter: Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 139 (1934), S. 273 ff.

ERMAN: Handkommentar zum BGB, 5. Aufl. 1972 (zitiert mit Bearbeiter).

ESSER, Josef: Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 4. Aufl. 1970/71.

FABRICIUS, Fritz: Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf, JuS 1964, S. 1 ff.

FABRICIUS, Fritz: Die mangelhafte Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, JZ 1967, S. 464 ff.

FECHNER, Erich: Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1962.

FICHTNER: Positive Vertragsverletzung und Verschulden beim Vertragsschluß, Diss. Heidelberg 1961.

FIKENTSCHER, Wolfgang: Das Schuldrecht, 3. Aufl. 1971.

FLUME, Werner: Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948.

FLUME, Werner: Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161 (1962), S. 52 ff.

FLUME, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, 1965.

FROTZ, Gerhard: Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, Festschrift für Gschnitzer, 1969, S. 163 ff.

FUCHS, Ernst: Rechtsgeschäfte unerkennbarer Geisteskranker, JW 1914, S. 1011 ff.

GADOW, Wilhelm: Die Einrede der Arglist, Jher.Jb. 84 (1934), S. 174 ff.

GEORGIADES, Apostolos: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1968.

GEPPERT: § 464 BGB, Jher.Jb. 67 (1917), S. 211 ff.

GERHARDT, Walter: Die Anwendung des in § 242 BGB enthaltenen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben auf formnichtige Verträge, Diss. Köln 1954.

GERHARDT, Walter: Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, S. 597 ff.

GERHARDT, Walter: Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schutzverhältnisses, JZ 1970, S. 535 ff.

GERNHUBER, Joachim: Formnichtigkeit und Treu und Glauben, Festschrift für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 151 ff.

GERSTBERGER: Der Schutz gutgläubiger Dritter im Rechtsverkehr mit nicht entmündigten unerkennbar Geisteskranken, Gruch.B 71 (1930/31), S. 1 ff.

HABICHT: Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung, DJZ 1901, S. 265 ff.

HARTMANN, Ed. v.: Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins, 1879.

HÄSEMEYER, Ludwig: Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971.

HAUPT, Günter: Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipziger wissenschaftliche Studien, Festschrift für Heinrich Siber, Bd. II, Ht. 124, S. 1 ff., Leipzig 1943.

HAYMANN, Franz: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, Berlin 1912.

HAYMANN, Franz: Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, Berlin 1913.

HAYMANN, Franz: Fehler und Zusicherung beim Kauf, Festschrift für RG, Bd. III (1929), S. 317 ff.

HAYMANN, Franz: AcP 135 (1932), S. 229 ff. (zu Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel).

HECK, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 1 ff.

HECK, Philipp: Grundriß des Schuldrechts, 1929.

HELDRICH, Karl: Die Formen des Vertrages, AcP 147 (1942), S. 89 ff.

HELLNER, Jürgen: Der Begriff der Geschäftsfähigkeit im französischen Recht, JZ 1967, S. 257.

HENLE, Rudolf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 1926; Bd. II Schuldrecht, 1934.

HENRICH, Dieter: Die unbewußte Irreführung, AcP 162 (1963), S. 88 ff.

HERHOLZ, Felix: Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP 130 (1929), S. 257 ff.

HERMINGHAUSEN: Formlos bindende Hofzusagen, DNotZ 1958, S. 115 ff.

HILDEBRANDT, Heinz: Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des Bürgerlichen Rechts, Berlin und Leipzig 1931.

HIPPEL, F. v.: Formalismus und Rechtsdogmatik, Hamburg 1935.

HIRSCH, Ernst: AcP 159 (1960), S. 346 ff. (zu Festschrift für Schmidt-Rimpler).

HOENIGER: Arglistig herbeigeführte Formnichtigkeit, DNotZ 1909, S. 673 ff.

HOLLÄDER: Die Haftung des Verkäufers und Vermieters einer Gattungssache bei mangelhafter Vertragserfüllung, AcP 113 (1915), S. 124 ff.

HOMBURGER, Paul: Zur Geschäftsunfähigkeit Geisteskranker, Bank.A. 1910, S. 369.

HÜBNER, Hans: Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, Festschrift für Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 373 ff.

HUECK, Alfred: Recht der Wertpapiere, 10. Aufl. 1967.

HUMBERT, Heinz: Die formlose Bestimmung des Hoferben, NJW 1956, S. 1857 ff.

JACOBY: Einwand der allgemeinen Arglist (exceptio doli) gegenüber der Berufung auf Formmangel von Rechtsgeschäften, Diss. 1928.

JHERING, Rudolf v.: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jher.Jb. 4 (1861), S. 1 ff.

JHERING, Rudolf v.: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Teil, 1. Abt., 5. Aufl. 1894.

JOSEF, Eugen: Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, Arch.Bürg.R. 36 (1911), S. 60 ff.

JOSEF, Eugen: Haftung der Krankenanstalt für die Folgen geschlechtlichen Verkehrs einer Wärterin mit einem Geisteskranken, LZ 1926, S. 321 ff.

KEGEL, Gerhard: AcP 150 (1949), S. 356 ff. (zu Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf).

KINZE, Walter: Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und positive Vertragsverletzung, Diss. Frankfurt/M. 1937.

KIPP-COING: Erbrecht, 12. Bearbeitung 1965.

KLUG, Ulrich: Juristische Logik, 3. Aufl. 1966.

KNOCHE, Hans: Minderjährige als Geschäftsführer ohne Auftrag, MDR 1964, S. 193 ff.

KOMMENDAR DER REICHSGERICHTSRÄTE zum BGB, 11. Aufl. 1959/63.

KÖPPEN, Albrecht: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Jher.Jb. 11 (1871), S. 139 ff.

KORINTENBERG, Werner: Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage, 1935.

KORINTENBERG, Werner: Der Mangelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag, Diss. Köln 1927.

KORINTENBERG, Werner: Abschied von der Gewährleistung, Justizbl. für das OLG Köln, 1947.

KORINTENBERG, Werner: Die Beschaffenheit der Spezies als Element des Rechtsgeschäfts, 1948.

KRAUSE, Werner: Die Haftung für culpa in contrahendo, Leipziger Diss. 1937.

KRÜCKMANN, Paul: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, AcP 101 (1907), S. 1 ff.

KRÜCKMANN, Paul: Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit, Jher.Jb. 55 (1909), S. 1 ff.

KRÜCKMANN, Paul: Verhinderung des Vertragsschlusses, Recht 1911, S. 56 ff.

KRÜCKMANN, Paul: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre (2. Beitrag, Fortsetzung), Jher.Jb. 59 (1911), S. 233 ff.

KRÜCKMANN, Paul: JW 1925, S. 938, Anmerkung zum Urteil des RG v. 5.1.25, abgedruckt ebd. - JW 1926, S. 1430 f., B.Anmerkung zum gleichen Urteil.

KUHLENBECK, L.: Zum Schadensersatzanspruch auf Geschäftsabschlüssen mit heimlichen Geisteskranken, Bank.A. 1905, S. 285 ff.

LACKUM, Eugen v.: Verschmelzung und Neuordnung von "culpa in contrahendo" und "positiver Vertragsverletzung" (zugleich ein Beitrag zur Lehre vom "einheitlichen Schutzpflichtverhältnis"), Diss. Bonn 1970.

LANGE, Heinrich: BGB, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 1970.

LARENZ, Karl: Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt, MDR 1954, S. 515 ff.

LARENZ, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967.

LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1969.

LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner und Besonderer Teil, 10. Aufl. 1970/72.

LEHMANN, Heinrich: Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, S. 1 ff.

LEHMANN-HÜBNER: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl. 1966.

LENEL, Otto: Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, AcP 123 (1925), S. 161 ff.

LEONHARD, Franz: Verschulden beim Vertragsschluß, Berlin 1910.

LEONHARD, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929; Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931.

LEONHARD, Rudolf: Zur Gefahr der Geschäftsabschlüsse mit heimlichen Geisteskranken, BankA 1905, S. 153 f.

LEONHARD, Rudolf: Zur Geschäftsunfähigkeit der Entmündigten, BankA 1910, S. 228 f.

LEVY, Ernst: JW 1922, S. 1313, Anmerkung zum Urteil des RG v. 5.4.22 (Weinsteinsäurefall), abgedruckt ebd. und in RGZ 104, 265.

LIPPMANN: Studien zu § 119 Abs. 2 BGB, AcP 102 (1907), S. 283 ff.

LORENZ, Werner: Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156 (1957), S. 381 ff.

LORENZ, Werner: Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge - BGH, NJW 1965, 812, JuS 1966, S. 429 ff.

LÜBTOW, U. v.: Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht, Berlin 1952.

LÜBTOW, U. v.: Erbrecht, 1971.

MATTHIESSEN: Ist eine Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formforschriften zuzulassen? DGWR 1938, S. 213 ff.

MATTHIESSEN: JW 1938, S. 2426, Anmerkung zum Urteil des RG v. 15.6.38, abgedruckt ebd.

MATTHIESSEN: Noch einmal: Ist eine Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formvorschriften zuzulassen? DGWR 1939, S. 223 ff.

MEDICUS, Dieter: Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, S. 209 ff.

MEDICUS, Dieter: Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, Festschrift für Ed. Kern, 1968, S. 313 ff.

MEDICUS, Dieter: Bürgerliches Recht, 5. Aufl. 1971.

MEIER-HAYOZ: Der Richter als Gesetzgeber, 1951.

MERZ, Hans: Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, dargestellt an den Beispielen der unzulässigen Berufung auf Formungültigkeit und des Mißbrauchs der Verjährungseinrede, AcP 163 (1964), S. 305 ff.

MÜLLER-FREIENFELS: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955.

MÜLLER, Ulrich: Die Haftung des Stellvertreters bei sulpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung, NJW 1969, S. 2169 ff.

MÜNZEL, Karl: Nachträgliche Erteilung einer verweigerten Genehmigung? NJW 1959, S. 601 ff.

NIPPERDEY, Hans Carl: Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der Öffentlichen Hand und Treu und Glauben, JZ 1952, S. 577 ff.

NIPPERDEY, Hans Carl: Faktische Vertragsverhältnisse? MDR 1957, S. 129 ff.

NIRK, Rudolf: Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 18. Jahrgang 1953, S. 310 ff.

NIRK, Rudolf: Culpa in contrahendo - eine richterliche Rechtsfortbildung - in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Festschrift für Philipp Möhring, 1965, S. 385 ff.

OERTMANN, Paul: Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, Recht 1914, S. 8 ff.

OERTMANN, Paul: Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, insbesondere für Verschulden des Bestellers beim Abschluß des Werkvertrages, LZ 1914, S. 513 ff.

OERTMANN, Paul: "Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar", 1. Buch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927; 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1928/29.

OERTMANN, Paul: Anfängliches Leistungsunvermögen, AcP 140 (1935), S. 129 ff.

OERTMANN, Paul: Die Rechtsbedingung, Neudruck 1968.

OSTHEIM, Rolf: Probleme bei Vertretung durch Geschäftsunfähige, AcP 169 (1969), S. 193 ff.

PALANDT: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurz-Kommentar, 33. Aufl. 1974 (zitiert mit Bearbeiter).

PAWLOWSKI, Hans-Martin: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenerklärungen, 1966.

PIEPER, Helmut: Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, JuS 1962, S. 409 ff., 459 ff.

PLANCK: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1913; Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1. Hälfte (Allg. Teil) 1914, 2. Hälfte (Besond. Teil) 1928 (zitiert mit Bearbeiter).

PLUM: Keine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bei Sachmängeln? JW 1935, S. 1328 ff.

PÜSCHEL, Willy: Verstärkter Schutz gutgläubiger Vertragsgegner von nicht erkennbar Geisteskranken, JW 1914, S. 564 ff.

RAAPE, Leo: Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf, AcP 150 (1948/49), S. 481 ff.

RABEL, Ernst: Unmöglichkeit der Leistung, Festschrift für Bekker, 1907.

RABEL, Ernst: Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, Rheinische Z. 3, S. 467 ff.

RABEL, Ernst: Zu den allgemeinen Bestimmungen über Nichterfüllung gegenseitiger Verträge, Festschrift für Dolenc, 1937, S. 703 ff.

RABEL, Ernst: Das Recht des Warenkaufs, Bd. I (1957), Bd. II (1958).

RADBRUCH, Gustav: Kleines Rechtsbrevier, Göttingen 1962.

RAISER, Rolf: Schadenshaftung bei verstecktem Dissens, AcP (1927), S. 1 ff.

RAMM, Thilo: Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I-III, 1969/70.

REGELSBERGER, F.: Die Erklärung der Annahme eines Vertragsangebots durch den Fernsprecher, BankA 1910, S. 174 ff.

REHFELDT-ZÖLLNER: Wertpapierrecht, 10. Aufl. 1972.

REICHEL, Hans: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB), AcP 104 (1909), S. 1 ff.

REINACH, Adolf: Zur Phänomenologie des Rechts, Die apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts, 1953.

REINECKE, Dietrich: Formmangel und Verschulden bei Vertragsschluß, Betrieb 1967, S. 109 ff.

REINECKE, Dietrich: NJW 1968, S. 39 ff., Anmerkung zum Urteil des BGH v. 27.10.67, abgedruckt ebd.

REINECKE, Dietrich: Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969.

REINECKE, Dietrich: NJW 1969, S. 1167 ff., Anmerkung zum Urteil des BGH v. 21.3.69, abgedruckt ebd.

REINECKE, G. u. D.: Formvorschriften, Treu und Glauben und Schadensersatz, MDR 1954, S. 641 ff.

REINECKE, G. u. D.: NJW 1955, S. 1065, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 9.2.55, abgedruckt ebd.

RIEHL: Von der qualitativen Unmöglichkeit beim Kaufe einer bestimmten Sache, Gruch.B. 60 (1916), S. 609 ff.

RIEZLER, Erwin: Venire contra factum proprium, 1912.

RIEZLER, Erwin: JW 1925, S. 2326 f., Anmerkung zum Urteil des RG v. 5.1.25, abgedruckt in JW 25, S. 938.

RÖMER: Haftung für zugesicherte Eigenschaften, DJZ 1904, S. 591 f.

ROEMER: Zur formlosen Hoferbenbestimmung in der Rechtsprechung des BGH, DNotZ 1957, S. 283 ff.

ROSENTHAL-BOHNENBERG: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 1965.

ROTHOEFT, Dietrich: System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, 1968.

RÜMELIN, Max: Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, 1912.

SCHIEDERMAIR, G.: Das Anwendungsgebiet des § 162 BGB, Bonner Diss. 1929.

SCHLEGELBERGER-VOGELS: Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1939.

SCHMIDT, Rudolf: Der Ort der unerlaubten Handlung im internationalen Privatrecht, Festschrift für Lehmann, 1937, Bd. II, S. 483 ff.

SCHMIDT, Rudolf: Die Falschlieferung beim Kauf, NJW 1962, S. 710 ff.

SCHNEIDER, Egon: Logik für Juristen, 2. Aufl. 1972.

SCHOLLMEYER, Friedrich: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, Jher.Jb. 49 (1905), S. 93 ff.

SCHOLZ, Franz: Formnichtigkeit und Arglisteinrede, NJW 1950, S. 81 ff.

SCHOLZ, Franz: Die Rechtssicherheit, Berlin 1955.

SCHÖNWALD, Walter: Verschulden beim Vertragsschluß, Diss. Breslau 1924.

SCHREIBER, Rupert: Logik des Rechts, 1962.

SCHUBERT, Werner: Deutsches Kaufrecht, 1937.

SCHULIEN, Peter: NJW 1963, S. 1878 ff., Anmerkung zum Urteil des LG Aachen v. 25.4.63, abgedruckt ebd.

SCHULTE: Formlose Bestimmung des Hoferben, RdL 1956, S. 177 ff.

SCHULTE: Formlose bäuerliche Übergabe- und Erbverträge, NJW 1958, S. 361 ff.

SCHWIMANN, Michael: Die Institution der Geschäftsfähigkeit, 1965.

SEROZAN, Rona: Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen 1968.

SIBER, Heinrich: Das Buchrechtsgeschäft, Tübingen 1909.

SIBER, Heinrich: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jher.Jb. 70 (1921), S. 223 ff.

SIBER, Heinrich: Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen, Festgabe für RG, Bd. III, 1929, S. 350 ff.

SIEBERT, Wolfgang: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934.

SIEBERT, Wolfgang: Zur Rechtserneuerung im Schuldrecht, DR 1941, S. 1930 ff.

SIMON, Ludwig: Die Gefährdung der Banken durch Geschäftsabschlüsse mit unerkennbar Geisteskranken, JW 1913, S. 291 ff.

SIMONETOS, Georg: Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Entwurf eines griechischen Zivilgesetzbuches und nach dem Entwurf der Akademie für Deutsches Recht, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, 14. Heft, 1938.

SOERGEL-SIEBERT: Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl. Bd. I, II, 1967, Bd. III, 1969 (zitiert mit Bearbeiter).

SPIRO, Karl: Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf, Basel 1964.

STEINBERG, Wilhelm: Die Haftung für culpa in contrahendo, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 10, 1930.

STOLL, Heinrich: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ 1923, S. 532 ff.

STOLL, Heinrich: Über die Beziehungen der Rechtslehre zur Praxis, AcP 126 (1926), S. 174 ff.

STOLL, Heinrich: JW 1927, S. 1086, Anmerkung zum Urteil des RG v. 5.11.26, abgedruckt ebd.

STOLL, Heinrich: JW 1927, S. 2118 ff., Anmerkung zum Urteil des RG v. 21.5.27, abgedruckt ebd.

STOLL, Heinrich: Rücktritt und Schadensersatz, AcP 131 (1929), S. 141 ff.

STOLL, Heinrich: JW 1933, S. 34 ff. (zu: Hildebrandt, Erklärungshaftung).

STOLL, Heinrich: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1936.

STRANZ, M.: Wechselgesetz, 1952.

STUTZER: Noch einmal: Ist eine Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formvorschriften zuzulassen? DGWR 1939, S. 219 ff.

SÜSS, Theodor: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, 1931.

TASCHE: Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß? Jher.Jb. 90, S. 101 ff.

THIELE, Wolfgnag: Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966.

THIELE, Wolfgang: Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S. 649 ff.

TITZE, Heinrich: Unmöglichkeit der Leistung, 1900.

TITZE, Heinrich: Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen, Jher.Jb. 47 (1904), S. 379 ff.

TITZE, Heinrich: Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910.

TITZE, Heinrich: JW 1931, S. 512 f. (zu Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo).

TITZE, Heinrich: Unmöglichkeit der Leistung, HWBdRW Bd. VI, S. 230 ff.

TITZE, Heinrich: Verschulden bei Vertragsschluß, HWBdRW Bd. VI, S. 516 ff.

TITZE, Heinrich: Vom sogenannten Motivirrtum, Festschrift für Haymann, 1940, S. 72 ff.

TUHR, Andreas v.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910, Bd. II, 1. Hälfte, 1914, 2. Hälfte, 1918, Bd. III, 1918.

WEIDENBAUM, Paul: Zur Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, LZ 1933, S. 370 f.

WIEACKER, Franz: Rudolf v. Jhering, Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestag, 1942.

WIEACKER, Franz: Stillschweigende Hoferbenbestimmung? DNotZ 1956, S. 115 ff.

WIEACKER, Franz: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Bd. 193/194, Tübingen 1956.

WIEACKER, Franz: JZ 1957, S. 61 f., Anmerkung zum Urteil des BGH v. 14.7.56 (Parkplatzfall), abgedruckt ebd. S. 58 ff.

WIEACKER, Franz: Hoferbenbestimmung durch schlüssiges oder sozialtypisches Verhalten? FamRZ 1957, S. 287 ff.

WIEACKER, Franz: Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen 1961, S. 263 ff.

WILBURG, Walter: Die Elemente des Schadensrechts, 1941.

WINDSCHEID-KIPP: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl. 1906.

WINTTERLIN, Werner: Die Haftung für fahrlässige Irreführung im englischen Delikts- und Vertragsrecht unter vergleichender Berücksichtigung des deutschen und nordamerikanischen Rechts, 1968.

WOLFF, Max: Sachmängel beim Kauf, Jher.Jb. 56 (1910), S. 1 ff.

WOLFF, Max: Die "moderne Art der Rechtsprechung", JW 1914, S. 121 ff.

ZEPOS, Panajiotis: Zur Theorie der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Festschrift für J. Spiropoulos, Bonn 1957.

ZIPPELIUS, Reinhold: Einführung in die juristische Methodenlehre, 1971.

ZWEIGERT, Konrad: SJZ 1949, S. 415 ff., Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 9.6.48, abgedruckt ebd.

Abkürzungsverzeichnis

AcP = Archiv für die civilistische Praxis

ALR = Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794

ArchBürgR = Archiv für Bürgerliches Recht

BankA = Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen

BB = Der Betriebsberater

BGH = Bundesgerichtshof

BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

c.i.c. = culpa in contrahendo

DB = Der Betrieb

DGWR = Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht

DJT = Deutscher Juristentag

DJZ = Deutsche Juristenzeitung

DNotZ = Deutsche Notar-Zeitschrift

DR = Deutsches Recht

DRW = Deutsche Rechtswissenschaft

FamRZ = Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht.
Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

GruchB = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts

HansGZ = Hanseatische Gerichtszeitung

HEZ = Höchstrichterliche Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Zivilsachen

HoldhMSchr = Monattschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, begr. von Holdheim

HRR = Höchstrichterliche Rechtsprechung

HWBdRW = Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. von Stier-Somlo/Elster

JherJb = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts

JR = Juristische Rundschau

JuS = Juristische Schulung

JW = Juristische Wochenschrift

JZ = Juristenzeitung

KG = Kammergericht

LG = Landgericht

LM = Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs

LZ = Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht

MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht

Mot. = Motive zu dem Entwurf eines BGB, 1888

NJW = Neue Juristische Wochenschrift

OLG = Oberlandesgericht

OGH = Oberster Gerichtshof für die Britische Zone

Prot. = Protokolle der zweiten Kommission zum BGB (1897-1899)

p.V.V. = positive Vertragsverletzung

RabelsZ = Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. von Ernst Rabel

RdL = Recht der Landwirtschaft

Recht = Das Recht, Zeitschrift

RG = Reichsgericht

RGRK = Kommentar der Reichsgerichtsräte

RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

RheinischeZ = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht

SchlHA = Schleswig-Holsteinische Anzeigen

SeuffA = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten

SeuffB = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern

SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung

SörgelRspr = Sörgels Rechtsprechung, Jahrbuch des Zivilrechts

V.b.V. = Verschulden bei Vertraggschluß

VersR = Zeitschrift Versicherungsrecht

WarnR = Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts

WM = Wohnungswirtschaft und Mietrecht, Zeitschrift

ZStW = Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften

Einleitung

I. 1. Die Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ist seit R. v. Jherings[1] genialer "Entdeckung des normativen Prinzips"[2] der c.i.c. im Jahre 1861 noch nicht wieder zur Ruhe gekommen. Wenn auch ihre Anerkennung nunmehr als allgemein gesichert betrachtet werden kann, so harren doch noch eine Fülle von Einzel- und Ergänzungsfragen der zuverlässigen Klärung. All diese Fragen kreisen nun um die Problematik der Rechtweite des Anwendungsgebiets der c.i.c., ihrer Abgrenzung also von benachbarten, tatbestands- oder wirkungsverwandten Institutionen des Vertragsrechts sowie der unerlaubten Handlung.

Zur Lösung dieses Grundproblems dürfte heute die Zeit insofern als reif betrachtet werden, als über die noch grundsätzlichere Frage nach der Haftungsgrundlage der c.i.c. schon weitgehend Einigkeit erzielt worden ist. Hätte man die c.i.c. nicht schon vorher auf festen Boden gesetzt, so hätte man sie von benachbarten Haftungsräumen kaum abgrenzen können.

Mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen entsteht ein "gesetzliches Schuldverhältnis"[3], das "vertraglichen Vertrauens"-Charakter[4] trägt. Zu dieser Konstruktion ist man jedoch nur allmählich und zögernd gekommen[5], nicht zuletzt deswegen, weil das BGB keine generelle Regelung der Haftung für c.i.c. getroffen[6], sondern diese Frage als "Konstruktionsfrage" der Wissenschaft überlassen hat[7]. Die Annahme eines "Schuldverhältnisses" scheint insbesondere zwei Gründe entschieden zu haben: Erstens die Erkenntnis Jherings, daß "wer contrahiert,

---

1) Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jher.Jb. 4, S. 1 ff.

2) Dölle, Juristische Entdeckungen, in Verhandlungen des 42. DJT in Düsseldorf 1957, Bd. II, Teil B, Tübingen 1958, S. 1 ff. (7 ff.); Wieacker, Rudolf v. Jhering, Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestag (1942), S. 19 f.

3) Aus den umfangreichen Quellen vgl. etwa BGHZ 6, 330, 333; BGH NJW 60, 720; Blomeyer § 17 III 1 ; Ennec.-Lehmann § 43 III; Lehmann-Hübner § 33 II 2 b; Esser § 52 II 3; Larenz, SchuldR. § 9 I 1; Fikentscher § 20 I; Flume AcP 161, 52, 63.

4) RGZ 120, 249, 251; 132, 76, 79; 151, 357; 162, 129, 156; Ennec.-Lehmann, a.a.O.; Lehmann-Hübner, a.a.O.; Esser, a.a.O.; Fikentscher, a.a.O.

5) Zur Geschichte der c.i.c. vgl. vor allem die einschlägige Monographie Hildebrandts, Die Erklärungshaftung, Berlin und Leipzig 1931, und zuletzt von Lackum, Verschmelzung und Neuordnung von "c.i.c." und "p.V.V.", Diss. Bonn 1970.

6) Das BGB enthält lediglich eine Reihe von Einzelvorschriften, die bei Anbahnung von Rechtsgeschäften ein sorgfältiges Vorgehen verlangen oder im Verletzungsfall Schadensersatzfolgen vorsehen; vgl. z. B. §§ 122, 179, 307, 309, 463, 523 I, 524 I, 600, 694.

7) Mot. I, S. 195.

damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des außercontractlichen Verkehrs in den positiven der Contractssphäre. von dem Gebiet der bloßen culpa faciendo auf das der culpa in non faciendo, der positiven dilegentia" tritt[8]. Und zweitens, die aus dieser Erkenntnis zum erstenmal im Jahre 1910 von Leonhard[9] gezogene Konsequenz, daß die Deliktsregelung des BGB wegen der mangelnden Sanktion für einen Vermögensschaden, der Exculpazionsmöglichkeit für Verrichtungsgehilfen und der für den Verletzten ungünstigen Verjährungs- und Beweislastregelung dem "eigentümlichen Contractverhältnis" der Vertragsverhandlungen nicht gerecht wird. Durch die Annahme eines "Schuldverhältnisses" wollte man unbedingt die Anwendung der Vertragsregeln sicherstellen. Sogleich mußte man nach dem Wesen dieses "Contracts" fragen. Wie schon Jhering erblickte auch Leonhard den Grund der Haftung in dem später geschlossenen Vertrag. Während jedoch Jhering nur Fälle im Auge hatte, in denen der Vertrag nichtig ist oder nicht zustande kommt, nahm Leonhard die Haftung für c.i.c. nur dort, wo die Vertragsverhandlungen in einen gültigen Vertrag einmünden, da erst mit dem wirksamen Vertragsschluß das "Moment" vorliege, das die Parteien zu vertragsmäßigere Sorgfalt verpflichte; erst der gültige Vertrag liefere die vertragsmäßige Haftungsverpflichtung, ebenso wie bei einem bedingten Vertrag schon vor Bedingungseintritt eine Sorfaltspflicht bestehe, deren Verletzung aber erst nach Eintritt der Bedingung vertragliche Folgen hervorrufe. Mit dem bekannten Erkenntnis vom 26.4.1912 (Luisinlichtfall) folgte das RG erstmals der Theorie Leonhards[10]. Die Schwächen in Leonhards Konzeption wurden jedoch in der Literatur bald wieder aufgedeckt[11] und treffend formuliert, nachdem das RG im Urteil vom 5.4.1922 (Weinsteinsäurefall)[12] die These Leonhards erstmals durchbrochen und ausgesprochen hatte, daß - abgesehen von den gesetzlich geregelten Fällen - eine c.i.c. auch ohne nachfolgenden wirksamen Schuldvertrag schadensersatzpflichtig machen könne. So betont Levy in einer Anmerkung zu vorgenanntem Urteil[13], daß diese Erweiterung allein den Bedürfnissen des Lebens und der inneren Logik entspreche. "Erkennt man einmal an", so schreibt er, "daß schon im Stadium der Vertragsverhandlungen dem anderen Teil gegenüber gewisse Pflichten zur Aufklärung und zur Verhütung von Schäden an Leib

---

8) Jhering, a.a.O. S. 41/42.
9) Verschulden beim Vertragsschluß, 1910. Weitergeführt findet sich die These Leonhards wieder in seinem Lehrbuch von 1929 "Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches".
10) RG JW 12, 743 f.
11) Vgl. schon Siber bei Plank, Vorbem. zu §§ 275-292 I 4 b.
12) RGZ 104, 265.
13) Levy JW 22, 1313.

und Gut bestehen, so ist es ein ὕστερον πρότερον , die Begründung dieser Pflichten dann doch wieder von dem etwaigen Abschluß des Hauptvertrages abhängig zu machen, der selbst da, wo er wirklich nachfolgt, höchstens die eine Bedeutung haben kann, daß er den aus der Verletzung jener Pflichten erwachsenden Schaden besiegelt." Damit rührt Levy an die logische Inkonsequenz der Leonhardschen Theorie: Sie erklärt ein zeitlich früher liegendes Ereignis aus einem noch nicht existierenden, erst folgenden Phänomen. Zwar kennt das Gesetz die Rückwirkungsmöglichkeit von rechtlichen Tatsachen, aber weder ist sie hier gesetzlich vorgesehen noch von den Parteien gewollt. Die Verbindung zwischen vertraglicher Haftungsverpflichtung aus c.i.c. und nachfolgendem Hauptvertrag könnte darüber hinaus vom Schädiger so ausgenutzt werden, daß er den Vertragsschluß vereitelte, um sich der Haftung zu entziehen[14]. Praktisch unhaltbar macht jedoch die Leonhardsche Lehre, wie schon von Siber an Fällen anschaulich belegt[15], die Tatsache, daß eine Haftung für c.i.c. nicht eingreift, wenn kein gültiger Vertrag nachfolgt. In vielen Fällen ist ja gerade die Nichtigkeit des Vertrages verursacht durch das vorvertragliche Verschulden. Mit der Forderung, die Haftung für c.i.c. auch auf die Fälle auszudehnen, in denen ein gültiger Schuldvertrag nicht zustande kam, ergab sich zugleich das Erfordernis, die Frage nach dem haftungsbegründenden Tatbestand neu zu überdenken. Siber[16] unternahm daher den Versuch, die c.i.c. aus dem Abschluß eines mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen stillschweigend abgeschlossenen Vorvertrages, gerichtet auf die Begründung von Erhaltungs- und Aufklärungspflichten, zu erklären. Diese Vorstellung scheiterte bald an dem vor allem von Heinrich Stoll[17] erhobenen Vorwurf der Fiktion[18]. Stoll selbst[19] sah den Haftungsgrund in einem einseitigen Rechtsverhältnis begründet, das durch das Vertragsangebot oder durch die Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen zustande kommt[20]. Aber auch diese Möglichkeit vermochte die Angelegenheit nicht zu bereinigen. Denn es geht wohl nicht an, eine Vertragsofferte oder eine

---

14) von Lackum, a.a.O., S. 69; vgl. auch Baumert, Tatbestand und Haftungsmaßstab, S. 20, der auch darlegt, daß dieses Verhalten nicht einmal aus § 826 erfaßt werden könnte.
15) Bei Plank, a.a.O.
16) Bei Plank, a.a.O. und Jher.Jb. 70, S. 223 ff.
17) LZ 23, 532, 539.
18) Eingehend dazu Baumert, a.a.O. S. 20 ff.
19) LZ 23, 532, 544.
20) Ähnlich schon von Alberti AcP 118 (1920), S. 154 f.

Aufforderung zu Vertragsverhandlungen als einseitiges Rechtsgeschäft zu bezeichnen, denn für ein solches ist kennzeichnend, daß eine einseitige Erklärung, die auf Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge gerichtet ist, diese Rechtsfolge allein kraft des Willens des Erklärenden herbeiführt, während der Erklärungsgegener lediglich als passiv Betroffener erscheint und nicht in der Lage ist, den Eintritt der Rechtsfolge abzuwenden[21]. Da somit alle Versuche, die Haftung aus einem rechtsgeschäftlichen Moment herzuleiten, unannehmbar erschienen, versuchten Lehre und Judikatur den Rechtswirkungsgrund für das vorvertragliche "Schuldverhältnis" auf das objektive Recht zu stützen. Man erkannte eine Regelungslücke und suchte sie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, also durch Analogie zu § 242 zu schließen[22]. So ist der Ausdruck von dem "gesetzlichen" Schuldverhältnis aufgekommen, dessen positivrechtliche Begründung im § 242 liegen soll[23]. Diese Konstruktion wird insbesondere auch nicht durch Sibers[24] Behauptung vom numerus clausus der nicht vertraglichen Schuldverhältnisse hinfällig. Nach § 305 ist zur Begründung eines Schuldverhältnisses ein Vertrag erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Hier wird gesagt, daß ein Schuldverhältnis durch Rechtsgeschäft, d. h. durch darauf abzielende Willenserklärungen, grundsätzlich nur in Gestalt eines Vertrages, also nicht schon durch ein einseitiges Rechtsgeschäft begründet werden kann. Das einseitig gegebene Versprechen genügt also zur Begründung einer rechtlichen Verpflichtung nicht; die Annahme seitens des Versprechensempfängers muß hinzukommen. Der innere Grund dafür liegt

---

21) Dölle ZStW 103, 67, 71/72.

22) Fikentscher § 20 III 1: "Wer einmal Gläubiger oder Schuldner werden will, (muß) sich schon vorher gemäß Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verhalten."

23) Die im Gesetz verstreuten, zahlreichen Bestimmungen, die Tatbestände der c.i.c. widerspiegeln (vgl. oben Anm. 6), sind wegen ihrer gewichtigen Unterschiede in Voraussetzungen wie in Rechtsfolgen wohl nicht zu einer Gesamtanalogie geeignet; Esser § 52 II 3; Larenz, SchuldR. § 9 I (S. 91); ders. Methodenlehre, S. 397; Steinberg, Die Haftung für c.i.c., S. 83 ff.; Berger, Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen, S. 24; von Lackum, a.a.O., S. 76 ff.; Stoll JW 27, 1086: "Zur Klärung führt der Analogieschluß aber nur, wenn auch den Einzelvorschriften nicht nur das Prinzip, sondern auch sein Grund erkannt wird"; vgl. aber Ennec.-Lehmann § 43 III; Fikentscher § 20 III 2; Palandt-Danckelmann § 276.6a - Auch die Behauptung, die c.i.c. sei gewohnheitsrechtlich anerkannt (so z. B. Stoll JW 33, 34; Larenz, a.a.O. § 9 I 1), enthebt die Zivilistik nicht von der Aufgabe, die c.i.c. in das Privatrechtssystem zu integrieren (Frotz, Festschr. f. Gschnitzer, S. 163, 172; Canaris JZ 65, 478 1. Sp. oben).

24) Bei Plank, Vorbem. zu §§ 275-292 I 4 c (S. 194).

darin, daß niemand sich eine Forderung ohne sein Zutun soll aufdrängen lassen. In § 305 kommen sonach die Entstehungsgründe von überhaupt nur "rechtsgeschäftlichen" Schuldverhältnissen zur Sprache. "Gesetzliche" Schuldverhältnisse, Schuldverhältnisse also, welche ihre Wirkung nicht aus dem Parteiwillen schöpfen, entziehen sich völlig dem Spektrum dieser Vorschrift. Für einen formalen numerus clausus derartiger Schuldverhältnisse findet sich hierin - wohl aber auch im Gesetz überhaupt - kein Anhalt[25]. Aber auch mit der Kennzeichnung "gesetzliches" Schuldverhältnis gab man sich noch nicht völlig zufrieden. Ballerstedt[26] hielt sie - mit Recht - für "rein positivistisch"[27] und suchte daher das "objektivrechtliche" Moment auch "innerlich" durch das Wertungsprimat des Vertrauensprinzips[28] zu rechtfertigen. Dieser Gesichtspunkt ließ nun den Umschwung zu einem im wesentlichen einheitlichen, tieferen Verständnis der Haftung für c.i.c. eintreten. Das "gesetzliche" Schuldverhältnis wird nunmehr auch als "Vertrauensverhältnis" aufgefaßt. Dies läßt sich nun insofern auch als "vertragsähnliches" bezeichnen, als es von den Grundsätzen von Treu und Glauben dominiert wird, es also die gesteigerten Rücksichtspflichten schafft, die für ein vertragliches Schuldverhältnis typisch sind[29]. Maßstab aller dieser Pflichten ist der § 242.

Zu diesen Rücksichtspflichten zählt man nun die sog. Offenbarungspflichten (auch Aufklärungs-, Mitteilungs- oder Anzeigepflichten genannt) und die Schutzpflichten (Obhuts- oder Erhaltungspflichten).

Eine Offenbarungspflicht besteht nicht schlechthin. Das liegt wohl in der Natur der Verhandlungen. Dabei stehen sich zwei Vertragsgegner gegenüber, jeder

---

25) So mit anderen Begründungen auch Baumert, a.a.O., S. 30; von Lackum, a.a.O., S. 82.

26) Zur Haftung für c.i.c. bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), S. 501 ff.

27) Kein Geringerer als Flume (AcP 161, S. 52, 63) hat jedoch wohl mit leichter Resignation bemerkt: "Die Haftung ist meines Erachtens nicht anders zu begründen, als daß man es für richtig hält, daß mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen von Rechts wegen ein Schuldverhältnis zwischen den Verhandlungspartnern mit Haftungspflichten entsteht".

28) Dieses Prinzip macht sich schon in früheren Begründungsversuchen (vgl. z. B. Stoll LZ 23, 532; Erman AcP 139, 273) bemerkbar, doch wird es erst durch Ballerstedt als "eigenständiger" Haftungsgrund in überzeugender Weise herangezogen.

29) Esser § 52 II 2 (S. 374/5).

mit entgegengesetzten Interessen und darauf bedacht, ein möglichst günstiges Geschäft abzuschließen, d.h. möglichst viel Ungünstiges zu verschweigen und Günstiges mitzuteilen. Die Erklärungen, die im Verlauf der Verhandlungen ausgetauscht werden, sind - in den Grenzen des geschäftlichen Anstandes zulässigerweise - vielleicht nur taktisch gemeint, d.h. nur vorläufig oder zweckbedingt, darauf berechnet, die Stellung des Gegners, die Dringlichkeit seines Interesses zu erkunden, die Schwächen der eigenen Position zu verdecken, die Bereitschaft des Gegners zu Zugeständnissen zu beleben[30]. Dies entspricht auch unserer Rechtsordnung, die auf dem Grundgedanken des freien Wettbewerbs aufbaut und somit dem Einzelnen einen gewissen Spielraum gewährt, innerhalb dessen er die Möglichkeit hat, durch seine Intelligenz oder größere Sorgfalt zu besonderen Vorteilen zu gelangen. Man kann daher nicht von dem Partner verlangen, daß er aus freien Stücken und ohne besonderen Anlaß über jede Tatsache aufklärt, die seinem Gegener zur Erhebung von Ansprüchen gegen ihn als Grundlage dienen kann, auch wenn eine solche Offenherzigkeit sittlichen Anforderungen entsprechen mag. Vom Standpunkt einer sehr feinen Individualethik würde man dies von den Parteien fordern können. Aber das Recht geht überall nur von einer mittleren, etwas nüchternen Gesinnung aus[31]. Vielmehr muß man von dem Grundsatz ausgehen, daß beim Vertragsschluß jede Partei zunächst darauf bedacht ist, ihre eigenen Interessen nach besten Kräften zu wahren; vigilatibus jura scripta sunt![32] Man kann zunächst nicht verlangen, daß jeder sorgsam erwägt, ob der Gegener auch zu seinem Recht kommt. "Wer die Augen nicht auftut, der tue den Beutel auf". Wo aber liegen die Grenzen zwischen dem grundsätzlich berechtigten Streben nach dem eigenen Vorteil und der dem Verhandlungsverhältnis entsprechenden Wahrung der Interessen des Gegners? Wann müssen die Eigeninteresse zugunsten der Rechte des anderen und damit der "bona fidei" oder des "honeste vivere" zurücktreten? In welchem Umfang muß also die Offenbarungspflicht bestehen? Der Rechtsprechung des RG ist es gelungen, den allgemeinen Tatbestand der Offenbarungspflicht in folgendem Rechtssatz aufzustellen: Jeder Verhandlungspartner darf "die Offenbarung und Aufdeckung solcher Tatsachen nach der Auffassung des redlichen Verkehrs erwarten,

---

30) Ballerstedt, a.a.O., S. 503.

31) Erinnert sei an die berühmte Formel Jellineks, "das Recht ist nichts anderes als das ethische Minimum" oder an den ihr verwandten, schönen Satz Ed. v. Hartmanns: "In der Rechtsordnung hat das sittliche Bewußtsein des Volkes diejenigen moralischen Pflichten definiert, deren Erfüllung als das unerläßliche Minimum für den Bestand des Staates und der Gesellschaft gilt" (Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins, 1879, S. 531).

32) RG JW 28, 1285; Leonhard, V.b.V., S. 60.

von denen die Gegenseite annehmen muß, daß sie für seine Entschließungen von Bedeutung sind, von denen er sich selber aber auf andere Weise keine Kenntnis verschaffen kann"[33]. Dieser Satz konnte sich auch in der Rechtsprechung des BGH[34] durchsetzen und wurde von der Rechtslehre[35] allgemein angenommen. Und mit Recht! Denn er schafft die "goldene Regel"[36] zwischen den beiden einander gegenüberstehenden Interessen und ist auch anpassungsfähig, indem er dem Richter erlaubt, die genauen tatsächlichen Eigenschaften des Falles zu berücksichtigen. Da jedoch diese "Klausel" zwangsläufig zu einer kauistischen Abstellung auf die Umstände des Einzelfalles führt, liegt es insbesondere an den Gerichten, eine "Konkretisierung" des allgemeinen Tatbestands vorzunehmen, um die möglicherweise entstehende Unsicherheit oder Unklarheit bei der Erfüllung der Verpflichtungen der Parteien zu beseitigen[37]. Die Offenbarungspflicht bezieht sich - nach der wiedergegebenen Formel der Rechtsprechung - nur auf Tatsachen, die für die Entscheidung einer Partei in bezug auf den in Aussicht genommenen Vertrag (Vertragsschluß, Vertragsinhalt oder Vertragszweck) von Belang sein können; sie dient somit dem Schutz der

---

33) RG JW 12, 743 Nr. 5; RGZ 93, 163, 165 bis RGZ 159, 33, 54 f., (st. Rspr.).

34) BGH LM Nr. 1 zu § 276 (Fb) BGB; BB 54, 978; BB 60, 306; BGHZ 18, 248.

35) Vgl. beliebig die Lehrbücher und die Kommentare zu § 275 oder § 276. Etwaige Abweichungen in der Formulierung haben wohl keinen Erkenntniswert.

36) " Αὕτη μέν οὖν ὀικαιοσύνη ἀρετή μέν ἐστιν τελεία,ἀλλ'οὐχ ἁπλῶς ἀλλά πρός ἕτερον " (Diese Gerechtigkeit ist die vollkommene Tugend, zwar nicht in ihrer Gänze, wohl aber in ihrem Bezuge auf den anderen); Aristoteles, Nikomachische Ethik V, 3). Das Recht wird damit zugleich Anerkennung der menschlichen Persönlichkeit im Verhältnis zu anderen Persönlichkeiten. "Hominis ad hominem proportio". "Gerecht ist, einem jeden das zu erstatten, was man ihm schuldig ist"; Plato, Staat I, 331; vgl. Aristoteles, Rhetorik 1. Buch, 9. Kapitel. In dieser Maxime treffen sich im Ergebnis etwa auch der Idealismus Kants und der Pragmatismus Spencers: "Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann" (Kant, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre § C, Akademieausgabe). "Jedem Menschen ist es freigestellt, dasjenige zu tun, was er will, vorausgesetzt, daß er nicht die nämliche Freiheit eines anderen Menschen verletzt" (Herbert Spencer, Principles of Ethics; deutsche Ausgabe, Stuttgart 1892, S. 51). Das diese "goldene Regel" ergebende "Gegenseitigkeitsprinzip" ist für das (positive) Recht von kaum zu überschätzender Tragweite. "Es begründet den Vertragsgedanken, die menschliche Form des gegenseitig sich ergänzenden Verbindens, die Forderung nach der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung und "Pacta sunt servanda" ist ein auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit verläßlichen Miteinanders beruhendes Gebot"; Fechner, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Tübingen 1962, S. 103. Der Grundsatz der "Gegenseitigkeit" - doch nicht allzuweit von dem Grundsatz des "Mißbrauchsverbots" entfernt! - wird sinn- und eindrucksvoll in folgendem Vers Geibels ausgedrückt: "Recht ist hüben zwar wie drüben, - aber danach sollst du trachten, - eig'ne Rechte mild zu üben, - fremde Rechte streng zu achten" (zitiert nach Radbruch, Kleines Rechtsbrevier, Göttingen 1962, S. 44).

37) Vgl. Erman-Westermann § 123.3 a.E. (S. 141).

"rechtsgeschäftlichen" Willensfreiheit und damit zuletzt der Privatautonomie und Selbstbestimmung. Sie kann deshalb erst dann ausgelöst werden, wenn die Beziehung zwischen den Parteien zum Zweck des Vertragsschlusses begonnen hat[38]. Ihr Entstehungstatbestand fällt also mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen oder - nach modernem Ausdruck - des "geschäftlichen" Kontakts zusammen. Alles dies darf wohl heute als schon geklärt gelten[39]. Im Mittelpunkt der gegenwärtigen Diskussion stehen vielmehr Konkurrenzfragen, die sich aus geregelten, der Offenbarungspflicht verwandten Tatbeständen des Vertragsrechts ergeben. Dabei geht es darum, das Verhältnis der c.i.c. zu diesen Tatbeständen zu erhellen, und die grundsätzliche Frage zu beantworten, ob und wieweit ein "selbständiges" Haftungsinstitut "kondifizierte", möglicherweise aber "ergänzungsbedürftige" Insitutionen des Vertragsrechts "ergänzen" darf oder muß. Ein solcher Versuch hat außer dem dogmatischen Reiz einen wichtigen praktischen Wert.

Die Offenbarungspflicht muß von der Schutzpflicht streng abgegrenzt werden. Beide Pflichten sind ihrer Struktur nach durchaus verschiedenartig. Die Schutzpflicht soll vor Sach- und Vermögensschäden schützen, insbesondere die körperliche Unversehrbarkeit des Mitkontrahenten gewährleisten. Während bei der Offenbarungspflicht das schuldhafte Verhalten gerade nur auf den ins Auge gefaßten Vertragsschluß bezogen ist, handelt es sich bei der Schutzpflicht um ein Verhalten, das zwar anläßlich von Vertragsverhandlungen beobachtet wird, das aber sich in keiner Weise auf den Vertragsschluß, sondern auf Dinge bezieht, die mit dem Vertragsinhalt oder -zweck nichts zu tun haben, so daß der entstehende Schaden den Geschädigten nicht in seiner Eigenschaft als Vertragsgegner trifft. Die Pflicht zur Erhaltung der Rechtsgüter eines anderen besteht nicht nur gegenüber solchen Personen, mit denen man in Vertragsverhandlungen und gerade in die konkrete Vertragsverhandlung eintreten will, sondern gegenüber jedermann, der, einerlei zu welchen Zwecken, mit dem Betroffenen in Berührung zu kommen wünscht: gegenüber dem in das Kaufhaus eintretenden Kunden wie dem vor dem Regen in das Kaufhaus flüchtenden Dienstmädchen ebenso wie gegenüber dem Stromableser, dem Elektromonteur, dem Polizeibeamten oder gar dem in Diebesabsicht in das Warenhaus eintretenden Landstreicher[40]. Diese Pflicht ist daher rein deliktischer Natur[41]. Sie ist

---

38) Denn anderernfalls läßt sich nicht wohl vorstellen, weswegen der eine Teil verpflichtet sein sollte, dem anderen eine Mitteilung über Tatsachen zu machen, die für diesen von Belang sein können; Dölle, a.a.O., S. 87.

39) Vgl. besond. Baumert, a.a.O., S. 48.

40) Vgl. Nirk, RabelsZ., 18, 310, 350.

41) "Obhutspflichten für Gesundheit und Eigentum des Vertragspartners... sind aber im Grunde identisch mit der allgemeinen Pflicht, für die Sicherheit der Räume zu sorgen, die man dem Verkehr eröffnet"; v. Caemmerer, Festschr. zum 100. Bestehen des DJT, Bd. II. S. 49 ff., 57, 58.

nicht wie die Offenbarungspflicht vertragsbezogen, sondern inhaltlich nur durch die tatsächlichen Beziehungen der Parteien zueinander bestimmt; sie richtet sich nur danach, welche tatsächlichen gegenseitigen Einwirkungsmöglichkeiten zwischen den Parteien gegeben sind[42]. Es handelt sich um solche Tatbestände, die wohl nur äußerlich, d.h. zeitlich mit den Vertragsverhandlungen zusammenhängen. Denn wenn etwa bei der Aufhängung eines Kronleuchters in einem Warenhaus dem damit beschäftigten Installateur der Leuchter aus der Hand fällt und jemanden verletzt[43], so kann es doch nur ein Zufall sein, ob der Verletzte in Vertragsverhandlungen bereits oder noch nicht eingetreten ist oder ob er in solche Verhandlungen gar nicht eintreten wollte, weil er etwa keine Kaufabsicht hatte. Offenbar handelt es sich hier um ein Verhalten, das mit der realen Intention der Beteiligten nicht in inneren Einklang zu bringen ist. Diese Erkenntnis, die wohl auf Titze[44] zurückzuführen ist, hat Dölle[45] veranlaßt, den Begriff des "vorvertraglichen" Kontrakts bezüglich der Schutzpflicht weiter zu fassen. Er hat die Überlegung angestellt, ob derartige, phänomenologisch dem "Verschulden beim Vertragsschluß" abartige Tatbestände eine Haftung nicht auch schon vor dem Beginn des "geschäftlichen" Kontrakts, d.h. der angebahnten Verhandlungsbeziehung, auslösen können. Denn würde der schadensverursachende, "deliktische" Umstand eine Haftung (nach vertraglichen Maßstäben) ohne weiteres dann begründen, wenn er sich bei einer angebahnten Vertragsverhandlung abgespielt hat, so wäre es absurd, den gleichen Umstand nicht der (gleichen) Haftung zu unterwerfen, wenn er im Rahmen einer "außergeschäftlichen", andere Zwecke verfolgenden Berührung eingetreten wäre. Das Rechtsgefühl sträubt sich gegen die verschiedene Behandlung eines und desselben Sachverhalts, mit dem die "äußeren" Beziehungen ja nur zufällig verknüpft sind. Es ist nicht das zufällige, äußere Verhältnis dieses Sachverhalts zu der rechtsgeschäftlichen Beziehung, sondern dessen ursprüngliche Natur, die seinen Geltungsgrund und seine Rechtswirkung diktieren soll. Solche Sachverhalte sollten eigentlich von rechtsgeschäftlichen Vorstellungen abgelöst werden. Die Hineinnahme von dem Deliktbereich zugehörigen Tatbeständen in das Anwendungsgebiet der c.i.c. müßte deren festen begrifflichen Grundlagen trüben und zu einer bedenklichen Uferlosigkeit der Haftungsweite führen[46]. Eine Verbindung der Schutz-

---

42) Canaris, JZ 65, 475, 478, Anm. 24.
43) Nirk, a.a.O., Anm. 4.
44) a.a.O.
45) a.a.O.
46) Vgl. Nirk, a.a.O., S. 331, 352; Rabel, Warenkauf I, S. 158; v. Caemmerer, a.a.O., S. 57.

pflicht mit Tatbeständen des "rechtsgeschäftlichen" Kontrakts scheint nach alledem nicht überzeugend vertretbar zu sein. Wie kann denn eine rein deliktische Erscheinung auf rein rechtsgeschäftlichen Momenten aufgebaut werden? Eine solche Deduktion läßt sich dem Vorwurf der petitio prinzipil nicht leicht entziehen. Dölle hat sich daher darum bemüht, zur Begründung des "Schutz"-Verhältnisses ein anderes Spezifikum herauszufinden, das es als "selbständiges" Schuldverhältnis sowohl gegenüber dem Schuldverhältnis des "geschäftlichen" Kontrakts (c.i.c.), als auch gegenüber der unerlaubten Handlung auftreten läßt. Er hat dazu den von Haupt[47] geprägten Begriff des "sozialen" Kontrakts aufgenommen und ihn weitgehend konkretisiert. Der pflichterzeugende Kontrakt soll nun der Kontrakt sein, "vermöge dessen eine Person zur Erreichung eines bestimmten Zwecks ihre Lebensgüter (bewußt) dem Einfluß und damit der Obhut und Sorgfalt einer anderen Person anvertraut, insbesondere beim Eintritt in die von einer anderen Person beherrschte Rechtssphäre"[48]. Diesem Begriff will Dölle nicht etwa auch den rein gesellschaftlichen Bereich unterordnen[49], der damit allein von dem Deliktsrecht erfaßt werden soll. Soviel sich aber über den konkreten Inhalt des Tatbestandes des sozialen Kontakts streiten läßt, so wenig läßt sich der kurz skizzierte Ausgangspunkt Dölles anfechten. Die herrschende Lehre[50], an die sich auch der BGH[51] angeschlossen hat, will allerdings die gesteigerte, vertragliche Haftung aus Verletzung der Schutzpflicht nur bei Kontakten "rechtsgeschäftlicher" Intention anerkennen. Ihr dürfte jedoch - von Einwänden praktischer Art abgesehen - das grundsätzliche Bedenken entgegengehalten werden, daß deliktische Vorgänge in keiner

---

47) Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943.
48) Dölle, a.a.O., S. 74.
49) Dölle, a.a.O., S. 75 f.
50) Larenz MDZ 54, 515; ders. SchuldR. § 9 I 1, Anm. 3; Soergel-Schmidt Vor § 275.5; Erman § 276.8 dd; Staud.-Weber § 242 A 421, 802 ff.; Staud.-Werner § 276.31 a. E.; RGRK - Nastelski § 276.106; Frotz, Festschr. f. Gschnitzer, S. 163, 173; Canaris JZ 65, 475; von Lackum, a.a.O., S. und passim; Gerhardt JZ 70, 535.
51) BGH NJW 62, 31, 32 = MDR 62, 45, 46 (Sturz über Bananenschale im Warenhaus).

Weise auf rechtsgeschäftliche Basis zu reduzieren sind[52]. Das gilt insbesondere auch für Canaris[53], der den deliktischen Charakter der Schutzpflicht besonders stark hervorhebt und für ein "einheitliches Schutz-Verhältnis" eintritt[54], ein "Schutzverhältnis", das über den Vertragsschluß hinaus fortdauert und wegen seiner "sachlogischen Struktur" von dem "Leistungsverhältnis" (Haupt- und Nebenleistungspflichten), also auch von der "p.V.V." und auch von der "c.i.c." (!) scharf abgegrenzt werden soll; trotzdem möchte auch Canaris dieses "Schutzverhältnis" nicht von "rechtsgeschäftlichen" Entstehungsgründen losgelöst sehen. Die Lehre Dölles wurde - grundsätzlich - von einem erheblichen Teil der Lehre[55] aufgenommen, der nun seinerseits lieber auf eine "korrektere" Fixierung des Tatbestandes des "sozialen" Kontrakts blickt. Dabei wird besonders der Wunsch sichtbar, in den Tatbestand auch gewisse Gefälligkeitsverhältnisse - wie insbesondere die

---

52) Dieses Bedenken wird (selbstverständlich) nicht durch das (inhaltsverschiedene) Argument entkräftet, daß "mit dem Verzicht auf das Erfordernis der Anbahnung geschäftlicher Beziehungen der innere Grund dafür entfällt, die Verletzung der betr. Pflichten nach Analogie der Vertragsverletzung, statt nach Deliktsrecht zu beurteilen" (Larenz, SchuldR., a.a.O.). Dieses Argument, das als das schwerwiegendste der Lehre vom "rechtsgeschäftlichen" Kontrakt angesehen werden darf, scheint auf der Prämisse zu beruhen, daß doch die "Anbahnung geschäftlicher Beziehungen" sei, der den "inneren Grund" für die Beurteilung der Schutzpflichtverletzung nach dem Vertragsrecht ergebe. Dies träfe jedoch nur dann zu, wenn die Schutzpflichtverletzung mit der genannten "Anbahnung" doch in einem "inneren" Verhältnis stünde. Ist aber nicht das der Fall, so können doch nicht rechtsgeschäftliche Zusammenhänge die Anwendung der Vertragsregeln "innerlich" rechtfertigen. Wenn diese Regeln auf eine auch innerhalb einer "rechtsgeschäftlichen" Beziehung stattgefundene Schutzpflichtverletzung angewandt werden, so liegt es wohl allein daran, daß hier ein "Schuldverhältnis" angenommen wird, das schon an sich erhöhte Sorgfaltspflichten, also strengere Verletzungsfolgen gebietet. Die Anwendung der Vertragsregeln auf die Schutzpflicht hängt also nicht von deren Einordnung in die "geschäftliche" Beziehung, sondern von der bloßen Annahme eines "Schuldverhältnisses" ab. Hat man aber das "Schuldverhältnis" schon vor der erwähnten "Anbahnung", so braucht man keinen "näheren" Grund, um Vertragsrecht anwenden zu dürfen. Die primäre Frage ist somit, wann dieses "Schuldverhältnis" entsteht. Wenn man schließlich zur Anerkennung der "außervertraglichen" Schutzpflicht die Absicht oder die einseitige Tendenz zur Vornahme eines "Rechtsgeschäfts" verlangt, so wird damit - nach den Worten Tieles (JZ 67, 649, 652) - nur "eine bloße äußere Parallele zu den vertraglichen Haftungsgrundsätzen" hergestellt, eine Parallele, die gerade nur auf der Ebene der Rechtsfolge bleibt, in keiner Weise aber auch deren Rechtfertigungsgründe zurückgreift.

53) a.a.O.

54) Ihm folgen auch von Lackum, a.a.O. (durch das ganze Buch); Müller NJW 69, 2169, 2173; Gerhardt JW 70, 535; ders. JuS 70, 597; vgl. schon Staud.-Weber § 242 A 770.

55) Nirk, a.a.O. und in Festschr. f. Möhring, S. 385, 403 ff.; Siebert-Knopp § 242.155-158; Blomeyer § 17 III 1 und § 22 2; Baumert, a.a.O., S. 24 ff. und passim; Ennec.-Lehmann § 27 6; Lehmann-Hübner § 25 I 2 e; Thiele JZ 67, 649, 652 f.

Freundschaftseinladung - einzubeziehen[56]. Eine neue Tatbestands-Formel läßt sich jedoch bisher nur bei Blomeyer finden. Danach soll der "soziale" Kontakt mit der "Herbeiführung des Rechtsgüterkontakts" entstehen, wenn sie "zu sozial adäquaten Zwecken (Geschäftsführung, Vertragsschluß)" geschieht[57]. Diesen Gesichtspunkt hat Baumert[58] eingehend erläutert und überzeugend begründet. Zusammenfassend darf also festgestellt werden, daß eine tatbestandliche Abgrenzung der Schutzpflicht sowohl nach "außen", d.h. gegenüber der unerlaubten Handlung, als auch nach "innen", d.h. gegenüber der Offenbarungspflicht (c.i.c.), erforderlich ist. Die Schwierigkeit dabei liegt jedoch eigentlich nur in der ersteren Richtung; sie besteht nämlich nicht so sehr in der "Kritik" des "rechtsgeschäftlichen" als in der "Begründung" des "sozialen" Kontakts.

---

56) "Der Gast begibt sich im Vertrauen auf die Einladung in den vom Gastgeber kontrollierten Gefahrenbereich; er darf von ihm deshalb wenigstens die Sorge für seine Person und sein Eigentum erwarten, die dieser in eigenen Angelegenheiten wahrt"; Blomeyer § 22 2 (S. 114). Vgl. auch Ennec.-Lehmann, a.a.O.; Lehmann-Hübner § 24 I (S. 142) i. V. m. § 25 I 2 e (S. 155 oben); Thiele, a.a.O.; Siebert-Knopp § 242.156 a. E.

57) Blomeyer § 17 III 1 (S. 72/73).

58) a.a.O.

I. Verhältnis zu Mängeltatbeständen.

1. Kauf

a) Verhältnis zu § 463 2

1. Nach § 463 2 kann der Käufer statt der Wandlung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Verkäufer zur Zeit des Kaufes einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Es entsteht dabei die Frage, ob und inwieweit neben dieser Vorschrift die allgemeinen Normen über die c u l p a in contrahendo Anwendung finden können[1].

2. Es muß zunächst auf den Tatbestand der Vorschrift eingegangen werden.

Dabei sind zwei Zeitpunkte zu beachten: der des Kaufabschlusses und der des Gefahrübergangs.

---

1) Nach wie vor ist in Rechtsprechung und Schrifttum weder eine Übereinstimmung der Ansichten noch gar eine abschließende Klärung dieser Frage erzielt worden. Während das RG in ständ. Rspr. (RGZ 48, 286, 289, bis 161, 193, 196; abw. aber RGZ 129, 281, obiter) die Frage verneint, erscheint die Rechtslehre sehr geteilt. Bejahend: Ennec.-Lehmann § 122 I 3; Rabel, Festschr. f. Dolenc, S. 720; Raape AcP 150, 501 ff.; Oertmann LZ 14, 513, 519 f.; ders. Komm. § 463.9; Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 11 ff., 61 ff.; ders. Allg. SchuldR. § 283 f.; Flume, Eigenschaftsirrtum, S. 55, Not. 83; Larenz, SchuldR. § 41 II c 2 (S. 51) und e (S. 62 f.); Diederichsen BB 65, 401 ff.; Schubert, Deutsches Kaufrecht, S. 55, 87; Weidenbaum LZ 33, Sp. 370; Plum JW 35, 1328 ff.; Riehl Gruch.B. 60, 621; Holländer AcP 113, 124 ff.; Schönwald, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 40 f.; Steinberg, Die Haftung für c.i.c., S. 16 f., 120 ff.; Erman AcP 139, 273, 310; Soergel-R. Schmidt Vor § 275.7; Nirk, Festschr. f. Möhring, S. 385, 411 f.; Böhme, Die Aufklärungspflicht, S. 219 ff.; Fichtner, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 112 f.; Kinze, Vertragsverhandlungen, S. 46; Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S. 208 ff.; Fabricius JZ 67, 464, 472. So auch OLG München HRR 1940 Nr. 150. Verneinend: RGRK-Kuhn § 459.39; RGRK-Nastelski § 276.94; Medicus JuS 65, 209, 210, 216; ders. Festschr. f. Ed. Kern, S. 313, 317 ff.; Ballerstedt AcP 151, 501, 529; ders. bei Soergel Vor § 459.32 und § 463.5; Staud.-Werner § 276.33 (S. 369); Staud.-Werner § 242 A 434; Erman-Weitnauer Vor § 459 III 7 a; Thiele JZ 67, 649, 656; Palandt-Danckelmann § 276.6 d; Palandt-Putzo Vor § 459.2 c; Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 277; Fikentscher § 70 IX 3, 9; Eccius, Gruch.B. 43, S. 306 f.; Berger, Die Grenzen der Haftung, S. 50 ff. Der BGH hat zu der Frage noch nicht abschließend Stellung genommen. Immerhin hat er, wenn auch nur obiter, die Haftung für c.i.c. einmal ausgeschlossen (BGH LM § 439 Nr. 3 = NJW 60, 720, 721), einmal aber nur für den Fall der groben Fahrlässigkeit anerkannt (BGH LM § 463 Nr. 1; vgl. dazu unten S.38, Anm. 74). In BGH LM § 463 Nr. 12 = NJW 65, 532 ist die Frage offengelassen.

Der Wortlaut des § 463 2 stellt auf das schuldhafte Verhalten, d. i. das "arglistige Verschweigen"[2] zur "Zeit des Kaufes" ab. Wird es erst später, etwa bei der Auflassung[3] betätigt, so ist der Verkäufer nicht nach § 463 2, sondern nur aus anderen Gründen - wie wegen positiver Vertragsverletzung[4], wegen Garantieversprechens oder unerlaubter Handlung - schadensersatzpflichtig[5]. Das arglistige Verschweigen soll sich nun auf einen "Fehler" i. S. des § 459 I[6] beziehen, d. i. der Fehler, der "den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert"[7]. Aus der Bezugnahme

---

2) Arglist liegt vor, wenn man vorsätzlich, also gewollt einen Irrtum in dem anderen erregt oder aufrechterhält. Sie setzt voraus a) den Täuschungswillen, den Willen also, den anderen bewußt über eine Tatsache in Unkenntnis zu halten oder zu versetzen (RGWarnR 29 Nr. 135) und b) das Bewußtsein, daß der andere ohne die Täuschung die Willenerklärung möglicherweise nicht oder nicht mit dem jetzigen Inhalt abgegeben hätte (RG 134, 53; 62, 149; RG LZ 20, 887; 29, 388). Wird die Arglist durch Vorspiegelung falscher oder Verschweigung wahrer Tatsachen begangen, so ist der Tatbestand der "arglistigen Täuschung", nach § 123 gegeben. § 463 2 spricht allerdings nur von arglistigem Verschweigen. Darüber, ob § 463 2 auf Vorspiegelung auszudehnen ist, vgl. unten im Text. Durch Verschweigen kann eine Arglist nur dann begangen werden, wenn eine Pflicht zum Nichtverschweigen, Offenbaren, bestand. Der Begriff des arglistigen Verschweigens setzt somit das Vorliegen bzw. Verletzung einer Offenbarungspflicht voraus (vgl. etwa Soergel-Ballerstedt § 460.10).

3) RG Recht 22 Nr. 419.

4) Vgl. dazu im näheren Staud.-Ostler § 460.20.

5) Staud.-Ostler § 460.13, 4c.

6) RGZ 67, 146; RG Recht 11 Nr. 3804.

7) Im Gegensatz zu dem vom RG (RGZ 97, 351; vgl. auch Haymann, Festschr. für das RG III, 317; Oertmann § 459.1, 4 und 5) anfänglich vertretenen "objektiven" Fehlerbegriff, nach dem Fehler nach § 459 I das Abweichen der Kaufsache von der normalen, objektiv bestimmten Beschaffenheit ist, billigt man heute überwiegend (RGZ 135, 342; 161, 334; BGHZ 16, 55; u. a. auch v. Caemmerer, Festschr. f. M. Wolff, S. 3; Flume, Eigenschaftsirrtum u. Kauf, S. 109, 119, 145; Max Wolff, Jher.Jb. 56, 1; Raape, AcP 150, 490 f.; Ennec.-Lehmann § 108 II 1; abweich. Fabricius JuS 64, 1, 5 ff.; Rudolf Schmidt NJW 62, 710) den sog. "subjektiven" oder "konkreten" Fehlerbegriff, nach dem Fehler i. S. des § 459 I das Abweichen von der im Vertrage vereinbarten Beschaffenheit ist; der Begriff des Fehlers bestimmt sich danach im Sinne der Vertragsfreiheit lediglich nach dem Willen der Parteien.

Demgegenüber steht der objektiv bestimmte (vgl. Soergel-Ballerstedt § 459.31) Begriff der Eigenschaft i. S. des § 459 II. Eigenschaften in diesem Sinne sind zunächst physische Merkmale der Sache (Festigkeit, Dichte u. s. f.), aber auch alle Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt, also ihre tatsächlichen (Herkunft der Ware), rechtlichen (Unbebaubarkeit des Grundstücks wegen langfristiger Bausperre; nicht aber die unter "Rechtsmängel" fallende Rechte Dritter!) und wirtschaftlichen ("wertbildende Faktoren") Verhältnisse, die zufolge ihrer Art und Dauer nach der Verkehrsauffassung einen Einfluß auf die Brauchbarkeit und Wertschätzung der Sache zu üben pflegen; RGZ 117, 315, noch etwa RG JW 16, 1584; RGZ 101, 414; Seuff. A. 77 Nr. 180.

des arglistigen Verschweigens auf Fehler ergibt sich, daß zur Zeit des Kaufes auch der Fehler bestehen muß. Tritt der Fehler erst später, etwa zur Zeit des Gefahrübergangs ein, so ist nur § 462 anwendbar.

Aus den erwähnten Tatbestandsmerkmalen, arglistiges Verschweigen und Fehler, muß nun im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nur der Fehler vorhanden sein.

Die Arglist des Verkäufers braucht nicht über die Zeit des Kaufabschlusses hinaus bis zur Zeit der Gefahr fortdauern[8]. Das arglistige Verhalten ist nicht - wie etwa die Eigenschaftszusicherung (§ 463 1) - als Teil des Vertragsinhalts anzusehen[9]. § 463 2 macht den Verkäufer, wenn er den Fehler beim Kauf arglistig verschweigt, ohne weiteres schadensersatzpflichtig. Käme die Schadensersatzpflicht auf das arglistige Vorhandensein noch bei Gefahrsübergang an, so könnte ihr der (arglistige!) Verkäufer typischerweise immer entgehen, wenn er den Fehler erst in diesem Zeitpunkt mitteilt. Dann wäre er, da ihn grundsätzlich keine Beseitigungspflicht trifft[10], nur wandlungs- oder minderungspflichtig (§ 462). Dieses Ergebnis widerspricht schon dem Wortlaut der Vorschrift und ist abzulehnen. Ob die Arglist auch im Zeitpunkt des Gefahrübergangs liegt oder nicht, ist für § 463 2 belanglos; entscheidend ist nur die Zeit des Kaufabschlusses.

Zur Zeit des Gefahrübergangs muß aber der Fehler vorliegen, das sicherlich! Wenn § 463 anordnet, daß "statt"[11] der Wandlung oder Minderung auch Schadensersatz verlangt werden kann, so wird stillschweigend vorausgesetzt, daß die Voraussetzungen der Wandlung oder Minderung vorliegen. Für die letzten Ansprüche kommt es aber lediglich auf die Zeit des Gefahrübergangs an, die eben den kritischen

---

Forts. v. S. 14
Eigenschaften im dargelegten Sinne können nun alle Beschaffenheitsmerkmale i. S. des § 459 I sein (Soergel-Ballerstedt § 459.32). Der Begriff der Eigenschaft ist jedoch weiter als der des Fehlers. Denn die Eigenschaft erfaßt nicht nur die Merkmale der Kaufsache, die deren vereinbarten Gebrauch entsprechen; sie erstreckt sich auch auf solche, die aus anderen Gründen (z. B. Herkunft der Ware, Hamburg HansGZ 24 H 24: made in Germany; bloßes Liebhaberinteresse, Römer DJZ 04, 591) für den Käufer wichtig sind (vgl. Soergel-Ballerstedt, a.a.O.).

Der weitgehende Begriff der Eigenschaft ist vor allem für die "Zusicherung" i. S. des § 459 II in Rücksicht auf die Rechtsfolge nach §§ 462, 463 1 von Bedeutung. Darüber, ob solche Eigenschaften trotz des Wortlauts des § 463 2 ("Fehler") auch darunter fallen müssen, vgl. unten im Text.

8) Dagegen aber Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, S. 196 ff.; wie hier v. Blume Jher.Jb. 55, 221, Not. 1.

9) So richtig Staud.-Ostler § 463.15a.

10) Vgl. z. B. RGRK-Kuhn § 459.12, 37 u. § 462.15 ff.; Larenz, SchuldR. § 41 II e (S. 58). Eine vertraglich vereinbarte Nachbesserungspflicht ist auszuscheiden.

11) Der Schadensersatzanspruch steht auf Seite des Käufers im Wahlverhältnis zu den beiden anderen; RGZ 92, 295; LZ 19, 691; JW 31, 3270; Staud.-Ostler § 463.4; Plank-Knoke § 463.7.

Zeitpunkt für den Gewährleistungstatbestand bilden (§§ 459, 462). Zu dieser Voraussetzung muß nun für den Schadensersatzanspruch noch als weiteres Erfordernis hinzukommen, daß der Fehler bereits zur Zeit des Kaufes vorhanden gewesen ist[12]. In § 463 ist nicht die Aufhebung des Gewährleistungstatbestands beabsichtigt, sondern die Aufstellung einer noch - strengeren - Voraussetzung für den weiteren Schadensersatzanspruch.

So haben wir nun folgendes Tatbestandsbild: Arglistiges Verschweigen nur zur Zeit des Kaufes, Fehler auch zur Zeit des Gefahrübergangs.

Es sind schließlich noch zwei Fragen zu klären:

a. Ist § 463 2 dann anwendbar, wenn der Verkäufer nicht einen Fehler i. S. des § 459 I, sondern eine über diesen Begriff hinausgehende Eigenschaft i. S. des § 459 II beim Kaufabschluß arglistig verschweigt? Die Frage ist zu verneinen. Der Begriff des Fehlers steht zu dem übergeordneten Begriff der Eigenschaft in bewußtem Gegensatz. Das Gesetz spricht nur von "zugesicherten" Eigenschaften und nicht von Eigenschaften als solchen. Als "Mängel" i. S. der §§ 459 ff. werden überhaupt nur das Fehlen von "zugesicherten" Eigenschaften (§§ 459 II, 462, 463 1) und das Vorhandensein von "Fehlern" (§ 459 I, 462, 463 2) bezeichnet. Eine bloße, nicht "zugesicherte" Eigenschaft, die auch kein "Fehler" ist, ist für die Haftungstatbestände der §§ 459 ff. unerheblich. Sie kann deshalb auch nicht Gegenstand des "arglistigen Verschweigens" nach § 463 2 sein. Dieses soll sich nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nur auf "Fehler" beziehen. Will der Käufer auch bei "arglistiger Verschweigung einer (bloßen) Eigenschaft" einen Schadensersatzanspruch "wegen Nichterfüllung" haben, dann muß er sicher die fragliche Eigenschaft "zusichern" lassen. Solchenfalls wird aber der Anspruch nicht aus § 463 2, sondern wegen der Zusicherung aus § 463 1 stammen. So zeigt sich, daß das "arglistige Verschweigen einer Eigenschaft" überhaupt nicht als selbständiger Tatbestand auftreten kann; das persönliche Verschulden ist stets auf "Fehler" bezogen[13].

---

12) h. L.; z. B. RGRK-Kuhn § 463.1; Staud.-Ostler, a.a.O.; Soergel-Ballerstedt § 463.1; Palanst-Putzo § 463.1; Plank-Knoke § 463.3 und 7.

13) Das nähere Verhältnis von "zugesicherten" Eigenschaften und "Fehlern" läßt sich so beschreiben: Da es in beiden Fällen allein auf die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit ankommt, fällt auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft unter den (subjektiven) Fehlerbegriff (Erman-Weitnauer, Vor § 459 II 2). Da aber auch solche Eigenschaften zugesichert werden können, deren Fehlen keinen "Fehler" i. S. des § 459 I darstellt (der Käufer kann nämlich auch an Eigenschaften Interesse haben, die für vertragliche Brauchbarkeit der Sache unerheblich sind), braucht das Fehlen zugesicherter Eigenschaften nicht notwendig "Fehler" i. S. des § 459 I zu sein (Palandt-Putzo § 459.7; Larenz, SchuldR. § 41 I b).

b. Dem arglistigen Verschweigen eines Fehlers stellt man die arglistige Vorspiegelung der Abwesenheit eines Fehlers oder einer nicht vorhandenen (jedenfalls nicht zugesicherten) Eigenschaft gleich[14]. Man nimmt dabei eine Lücke an und wendet wegen der Gleichheit des Rechtsgrundes nach dem Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichwertigen den § 463 2 analog an. Dieser Analogieschluß ist zulässig. Denn wer arglistig das Nichtvorhandensein eines Fehlers oder das Vorhandensein einer Eigenschaft vorspiegelt, tut im Grunde das Gleiche wie der, der arglistig vorhandene Fehler verschweigt; es ist deshalb für den ersteren keine bessere Rechtsstellung gerechtfertigt. Dabei ist aber Vorsicht geboten! Die vorgespiegelte Eigenschaft muß - gleich wie die verschwiegene Eigenschaft (bei der oben diskutierten parallelen Frage) - wiederum einen "Fehler" i. S. des § 459 I darstellen. Etwa die Formulierung "der Verkäufer muß sich so behandeln lassen, wie wenn er zugesichert hätte, was er vorgespiegelt hat"[15], ist nicht zutreffend. Die "arglistige Vorspiegelung" ist nicht der "Zusicherung" i. S. des § 463 1, sondern gerade dem "arglistigen Verschweigen" nach § 463 2 gleichzustellen! Wollte man hier die "Zusicherung" überhaupt einsetzen, so wäre nicht einzusehen, warum man ihr nur die "arglistige Vorspiegelung" nach § 463 2 gleichstellen sollte. Wäre es so, dann müßten "arglistiges Verschweigen" und "arglistige Vorspiegelung" schon vom § 463 1 - zumindest analog - erfaßt werden. Damit würden aber die Grenzen zwischen § 463 2 und 463 1 durchaus verwischt. § 463 2 wäre nämlich entbehrlich, wenn man den Grundsatz aufstellte, wer das Vorhandensein eines (kurz gesagt) "Mangels" arglistig verschweigt oder dessen Nichtvorhandensein arglistig vorspiegelt, sei so zu behandeln, wie wenn er die Abwesenheit dieses "Mangels" zugesichert hätte. Diese Unklarheit läßt sich nur vermeiden, wenn man richtigerweise die Tatbestände "arglistiges Verschweigen" und "arglistige Vorspiegelung" von der "Zusicherung" ganz ausscheidet und sie ausschließlich dem § 463 2 zuordnet. Dann kann aber Gegenstand der "arglistigen Vorspiegelung" nichts anderes sein als - wie bei "arglistigem Verschweigen" - nur ein "Fehler" in engerem Sinne.

Damit ist das Anwendungsgebiet unseres Tatbestandes näher bestimmt. Arglistiges Verschweigen und arglistige Vorspiegelung über eine vom Begriff des

---

14) So die ständ. Rspr. des RG (RGZ 96, 156; 103, 154, 160; 132, 76, 78) und die h. L. (Blomeyer, Rechts- u. Sachmängelhaftung, S. 45; Ennec.-Lehmann § 108 III 1c; Staud.-Ostler § 463.10; Soergel-Ballerstedt § 463.9; Erman-Weitnauer § 463.5; Larenz, SchuldR. § 41 II c 3). And. etwa Oertmann § 463.5b; Plank-Knoke § 463.8.

15) So das RGRK (§ 463.6) in der 9. Aufl.; anders jedoch derselbe Komm. (a.a.O.) in der 10. Aufl.

Fehlers nicht erfaßte Eigenschaft entziehen sich dem Tatbestand des § 463 2 völlig. Daraus ergibt sich die Konsequenz, daß insoweit auch keine Konkurrenzfrage auftaucht; die Haftung aus c.i.c. [16] kommt daher hier unbedenklich in Betracht [17].

3. Auf Grund des gewonnenen Tatbestands suchen wir nun den Rechtsgrund der Vorschrift.

Bei der Fassung des Tatbestands fällt es auf, daß er von zwei verschiedenartigen Elementen gebildet wird: von der Arglist in contrahendo und dem Gewährleistungstatbestand. Als einzelne Tatbestände erfahren sie im Gesetz verschiedene Behandlung. Die Arglist beim Vertragsschluß stellt einen Anfechtungstatbestand (§ 123), einen dolus in contrahendo und möglicherweise auch eine unerlaubte Handlung (§§ 826, 823 II i. V. m. 263 Str.G.B.) dar. Danach hätte der Käufer ein Anfechtungsrecht und einen Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse [18] nämlich den Anspruch, so gestellt zu werden, wie er ohne den Vertrag gestanden hätte. Auf der anderen Seite bildet die fehlerhafte Lieferung den Tatbestand der Gewährleistungspflicht nach § 459, d. i. die Pflicht des Verkäufers einen zur Zeit des Übergangs der Gefahr vorhandenen Mangel als solchen zu vertreten, gleichviel, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Der Käufer hätte dann nach § 462 den Wandlungs- oder Minderungsanspruch. Mit diesen Rechtsfolgen hat sich der Gesetzgeber aber nicht begnügt. Bei Zusammenfassung beider Tatbestände hat er die Interessenlage näher erwogen und dabei beurteilt, daß die schon gegebenen Rechtsbehelfe, selbst der von ihnen weitgehende Ersatzanspruch auf das negative Interesse, noch nicht ausreichen. Dieser Ersatzanspruch genügt den schutzwürdigen Interessen des Käufers nicht. Denn hat dieser eine fehlerhafte Sache erhalten, so besteht sein Schaden nicht mehr nur im Abschluß des Kaufes selbst, sondern auch in dessen Erfüllung. Der "negative" Vertrauensschaden wird dabei gerade

---

16) Haftungsgrund kann natürlich hier auch eine unerlaubte Handlung (§§ 826, 823 II i. V. m. 263 Str.GB) sein.

17) Bezieht sich die Pflichtverletzung (Verschweigen, Vorspiegelung) gar nicht auf "Mängel" i. S. der §§ 459 ff. ("Fehler" § 459 I; "zugesicherte"Eigenschaften § 459 II), so entsteht überhaupt keine Konkurrenzfrage; die Regeln der c.i.c. können dann uneingeschränkt zur Anwendung kommen; allgem. Meinung, z. B. RGZ 161, 193, 196; Blomeyer, Rechts- und Sachmängelhaftung, S. 49; vgl. Beisp. in Steud.-Ostler Vorbem. § 459.19; RGRK-Kuhn § 459.39. - Die Haftung aus c.i.c. kann auch bestehen, wenn der Kaufvertrag einvernehmlich aufgehoben wird; OLG Köln MDR 65, 482; Erman-Weitnauer Vor § 459 III 7 a a.E.

18) Vgl. nächste zwei Anm.

durch den "positiven" Nichterfüllungsschaden überholt. Die Gewährung des "positiven" Ersatzanspruchs erscheint daher als Forderung des Prinzips des Kausalzusammenhangs. Demzufolge hat der Gesetzgeber an den vorliegenden Tatbestand das Erfüllungsinteresse geknüpft. Hat nun der Verkäufer einen Fehler beim Kauf arglistig verschwiegen, und bleibt der Fehler noch beim Gefahrübergang bestehen, so hat er den Käufer in die Lage zu stellen, in der er stehen würde, wenn er die Sache in fehlerfreiem Zustande erhalten hätte, nicht also lediglich in diejenige Lage, in der er ohne den Kauf stände. Der Anspruch auf das negative Interesse stand dem Käufer auf jeden Fall zu[19] und bleibt trotz Gewährung des anderen noch bestehen[20].

Demgemäß schützt § 463 2 nicht das Vertrauen des Käufers gegenüber dem Käufer (negatives Interesse, Vertrauensschaden), sondern darüber hinaus sein weiteres Interesse an der Erfüllung des Kaufes (Erfüllungsinteresse).

Diese Eigenart des Tatbestands bereitet bei der Frage nach der dogmatischen Einordnung der Vorschrift Schwierigkeiten. Es scheint dabei richtiger anzunehmen, daß der Grund der Haftung weder in einer echten c.i.c. noch in einer echten Gewährleistung liegt. Der rechtfertigende Grund kann weder im vorvertraglichen noch im vertraglichen Haftungsbereich ausschließlich liegen. Keiner der beiden Tatbestände kann die Haftung erschöpfend rechtfertigen. Ein einheitlicher Grund ist hier nicht zu sehen. Dies liegt wohl in der "Natur der Sache", ja gerade in dem nicht-einheitlichen Tatbestand. Die Haftung nach § 463 2 läßt sich vielmehr nur als eine eigenartige Haftung verstehen, die ungleichartig gegenüber den sonstigen Schadensersatzansprüchen soweit steht, als sie sowohl an einen vorvertraglichen als auch an einen vertraglichen Tatbestand anknüpft.

Alle Erklärungsversuche, die die Haftung auf den einen oder den anderen Tatbestandsteil zurückführen, sind künstlich und stellen eine unzulässige Deduktion oder eine petitio prinzipii dar.

---

19) Mot. II, S. 229.

20) Unberührt bleibt sowohl die Anfechtung nach § 123 (ständ. Rspr.: RGZ 96, 156; 104, 1; BGH NJW 58, 177 und h. L. RGRK-Kuhn § 459.37; Staud.-Ostler § 463.17; Erman-Weitnauer Vor § 459.8d; Fikentscher § 70 IX 5) als auch der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nach §§ 826, 823 II i. V. m. 263 Str.GB (h.M.; etwa RGZ 132, 78; RGRK-Kuhn § 459.38; Staud.-Ostler, a.a.O.; Erman-Weitnauer Vor § 459.9; Fikentscher § 70 IX 5, 6). Über das nähere Verhältnis dieser beiden Rechte zueinander, vgl. unten zu § 123, S. 94 Anm. 8. Daß der Käufer bei Arglist des Verkäufers neben diesen Rechten noch den Ersatzanspruch aus c.i.c. hat, kann kaum bezweifelt werden.

Unrichtig ist zunächst die Ansicht, die den Haftungsgrund in dem arglistigen Verschweigen sieht und die Haftung als einen Sonderfall der c.i.c. auffaßt[21]. Wäre die Vorschrift des § 463 2 als Regelung eines vorvertraglichen Verhaltens anzusehen, so wäre sie allerdings bezüglich der Gewährung des Erfüllungsinteresses wegen Nichtbeachtung des Kausalzusammenhangs falsch[22]. Das Prinzip des Kausalzusammenhangs fordert die Haftung auf das Erfüllungsinteresse eben nur bei vertragswidriger Erfüllung. Das arglistige Verschweigen gilt dabei als strengere Voraussetzung für die Steigerung der Haftung, die jedenfalls erst dann verständlich wird, wenn man den Tatbestand der Gewährleistungspflicht als Tatbestandselement des § 463 2 auffaßt. Die Verkennung gerade dieses Tatbestandteils hat die Kritik gegenüber dieser Vorschrift in falsche Bahnen gelenkt und notwendig zu deren Verwerfung geführt. Man hat angenommen, daß § 463 2 wegen Gewährung des Erfüllungsinteresses für vorvertragliches Verschulden eine verfehlte Regelung sei[23]. Man hat ferner die Vorschrift als eine Strafnorm gegen den betrügerischen Verkäufer angesehen[24] und sie etwa als eine "strafrechtliche Enklave im Zivilrecht"[24a] bezeichnet. Diese Bezeichnung, die den Ausnahmecharakter der Norm betonen will, enthebt jedoch die Zivilistik nicht von der Aufgabe, die fragliche Vorschrift in das Privatrechtssystem zu integrieren. Übrigens gewähren manche Gesetzgebungen wie z. B. des griechischen ZGB, Art. 543 2[25], das Erfüllungs-

---

21) So aber das RG in RGZ 95, 60 und 107, 369; v. Tuhr II 1, 489, 635; Krückmann Jher. Jb. 59, 324; ders. AcP 101, 196; Plank-Siber, Vorbem. zu §§ 275-292 (S. 197); Steinberg, Die Haftung für c.i.c., S. 16 f.; Süß, Wesen und Rechtsgrund, S. 87 ff.; Krauße, Die Haftung für c.i.c., S. 29; Berger, Die Grenzen der Haftung, S. 3 f.

22) Ebenso Flume, Eigenschaftsirrtum, S. 53/54.

23) Haymann, Haftung des Verkäufers, S. VIII u. passim; Anfechtung, S. 42; RG Festschr. III, 332 ff.; AcP 135, 229; Geppert Jher.Jb. 67, 219; Lenel AcP 123, 184; Stoll AcP 126, 188 ff.; Süß, a.a.O., S. 61 ff., 87 ff. So ist denn auch erklärlich, daß der Ausschuß der Ak.DR (vgl. Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 43) auch bei Arglist die Haftung auf das Vertrauensinteresse beschränken wollte.

24) Krückmann Jher.Jb. 55, 139; 59, 323; Steinberg, a.a.O.; Plank-Siber, a.a.O.; wohl auch Larenz, SchuldR. II, S. 51 ("...in dem Vorwurf der Arglist...") und Medicus, Festschr. für Ed. Kern, S. 313, 318 unter b. Vgl. auch Mot. II, S. 229 ("...mit empfindlichen Nachteilen zu bedrohen"). Dagegen aber Flume, a.a.O., S. 54 und Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 285.

24a) So Haymann, Studi in onore di Pietro Bonfante (1930) II, 443, N. 2, angegeben bei Flume, a.a.O.

25) Dieser Artikel lautet: "Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags eine zugesicherte Eigenschaft, so ist der Käufer berechtigt, statt der Minderung des Kaufpreises oder der Wandelung Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu verlangen. Das gleiche gilt auch, wenn der Verkäufer beim Abschluß des Kaufes den Fehler, mit dem die verkaufte Sache behaftet war, kannte oder kennen mußte."

interesse auch bei Fahrlässigkeit des Verkäufers[26]. Das Erfüllungsinteresse des § 463 2 ergibt sich- wie ausgeführt - keinesfalls nur aus dem Verschulden bei Vertragsschluß, sondern auch aus dem Gewährleistungstatbestand.

Auf der anderen Seite stehen diejenigen, die die Haftung aus § 463 2 in das Gewährleistungsrecht einordnen. Man zieht dabei das Wesen der Gewährleistungspflicht heran und sucht darauf auch die Haftung aus § 463 2 zu stützen. Wir brauchen hier gar nicht auf das Wesen der Gewährleistungspflicht einzugehen, um klar zu machen, daß auch ein derartiger Versuch verfehlt ist. Eine Gewährleistungspflicht fließt aus dem Vertrag selbst und verpflichtet unter allen Umständen. Das gehört schon zum Begriff dieser Pflicht und ist unzweifelhaft. Wäre nun die Gewährungsleistungspflicht bzw. der Vertrag die Ursache für den Schadensersatzanspruch aus § 463 2, so müßte dieser Anspruch nur auf den Zeitpunkt der Erfüllung, etwa der Übergabe der Sache, bezogen sein. Dies ist jedoch nur beim Gattungskauf (§ 480) der Fall, wo ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung dem Käufer zustehen soll, wenn zur Zeit des Gefahrübergangs ein Fehler arglistig verschwiegen worden ist. Nur bei § 480 entspringt der Schadensersatzanspruch aus der Gewährleistungspflicht bzw. dem Vertrag. Bei § 463 2 aber geschieht das arglistige Verschweigen in einem Zeitpunkt, in dem die Gewährleistungspflicht noch nicht entstanden ist. Den Schadensersatzanspruch des § 463 2 könnte man auf die Gewährleistungspflicht nur dann zurückführen, wenn das arglistige Verschweigen Vertragsbestandteil wäre oder vielleicht auch, wenn es in den Vertrag einginge. Während aber sich die Gewährschaft nur auf die Zeit der Erfüllung bezieht, bleibt das arglistige Verschweigen ein typisches vorvertragliches Verhalten. Ihr Anknüpfungspunkt ist ein anderer[27]. Ein einheitlicher Haftungsgrund setzt ein Berührungspunkt zwischen den beiden Tatbestandsteilen voraus, der hier nicht existiert, weil Gewährleistung und vorvertragliches Verhalten zwei grundverschiedene Dinge bleiben. Das übersieht auch Flume[28], der meint, daß der Haftungsgrund des § 463 2 nicht in der Arglist als solche, sondern im Abweichen der Kaufsache von der vereinbarten Beschaffenheit liege. Dieser Satz mag für das Wesen der Gewährleistungspflicht gelten, aber keineswegs für die Haftungsgrundlage des § 463 2. Will man den ersten Tatbestandsteil nicht außer Acht lassen, so kann man die Haftungsgrundlage nicht auf den zweiten Tatbestandsteil bauen, ohne vorher Berührungspunkte zwischen beiden Tatbestandsteilen aufzuzeigen. Ähnliche Bedenken lassen sich auch gegen die Auffassung

---

26) Für eine solche rechtspolitische Erwägung Flume, a.a.O. ; Kegel AcP 150, 359 oben.
27) So auch Fikentscher § 70 IX 5, 9 (S. 402).
28) a.a.O., S. 52-55.

erheben, die in einer "qualifizierten" Gewährleistungspflicht die Grundlage des § 463 2 sieht[29]. Warum sollte man eigentlich die Gewährleistungspflicht "qualifizieren", um sie für einen für sie a petitio fremden Tatbestand zu verwenden? Das ist doch eine petitio prinzipii! Von einer "qualifizierten" Gewährschaft dürfte man nur da reden, wo das "arglistige Verschweigen" nicht im Zeitpunkt des Kaufes, sondern in der Erfüllung liegt, wie das wiederum nur im § 480 geschieht.

Die Grundlage des § 463 2 ist somit weder auf die c.i.c. noch auf die Gewährleistungshaftung zurückzuführen. § 463 2 fällt weder in die Lehre von der c.i.c. noch in das Gewährleistungsrecht ausschließlich. Vielmehr steht er - und zwar vielleicht im ganzen Schuldrecht - als vereinzelter Fall an der Grenze der vorvertraglichen und vertraglichen Haftung.

Zu erörtern sei noch die Konzeption von Dömpke[30]. Er nimmt bei § 463 2 eine c.i.c. an und meint, daß der scheinbare Widerspruch zwischen c.i.c. und Schadensersatz wegen Nichterfüllung sich durch eine "Umwandlung" der Ansprüche aus dem Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen in vertragliche Ansprüche kläre. Die im Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen erworbenen Ansprüche erlöschen mit dem Vertragsschluß nicht, sondern verwandeln sich damit - so sagt er - in vertragliche Rechte. Das ist nicht richtig. Er übersieht dabei, daß nach § 463 2 der Käufer den Schadensersatzanspruch nicht schon in Vertragsverhandlungen, sondern erst im Vertrag erwirbt. Das Erfüllungsinteresse ist eben nur dadurch erklärlich. Die "Umwandlung" bleibt damit nur Konstruktion. Eine solche Umwandlung würde außerdem voraussetzen, daß sowohl das vorvertragliche Verschulden wie auch der Fehler in den Vertrag eingingen. Das trifft allerdings nicht zu. Das Verschulden bezieht sich nur auf die Zeit des Vertragsschlusses. Der Fehler muß zwar in den beiden Zeiten vorliegen, aber im ersten Zeitpunkt ist er nur Bezugsgegenstand des Verschuldens; selbständige Bedeutung erlangt er nur im Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

4. Durch die festgestellte Eigenart des Tatbestandes und des darauf beruhenden Rechtsgrundes scheint sich aber das Konkurrenzproblem noch mehr zu verschleiern! Bei seiner Lösung ist weder auf den Tatbestand noch auf den Rechtsgrund abzustellen:

---

29) So Soergel-Ballerstedt § 463.1; v. Blume Jher.Jb. 55, 209 ff.
30) Die Grundlage und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen, S. 47 ff.

a. So läßt sich zunächst vom Blickfeld des Tatbestandes aus durch Verwendung formallogischer Schlüsse wie des Prinzips der "Spezialität" oder des "Umkehrschlusses" (argumentum e contrario) nicht helfen.

Aus dem Tatbestand des § 463 2 geht das Verhältnis dieser Rechtsnorm zu der allgemeinen der c.i.c. wie folgt hervor: Der erste Rechtsatz ist nicht lex spezialis gegenüber der anderen. Das Verhältnis der Spezialität im formallogischen Sinne wäre nur gegeben, wenn der Tatbestand des § 463 2 ein bloßer Unterfall des anderen wäre[31], wenn er also nur den Fall der vorvertraglichen Arglist erfaßte. Er ist jedoch umfangreicher als der Tatbestand der c.i.c., weil er sich noch auf einen vertraglichen Sachverhalt, die Gewährleistung, erstreckt. Aber allein deshalb läßt sich nicht annehmen, daß § 463 2 der c.i.c. nicht vorzugehen brauche. Denn wenn auch keine Spezialität vorliegt, so kommt doch - angesichts eben dessen, daß nur ein Sachverhalt beider Normen unterliegt, - eine teilweise Überschneidung in Betracht[32]. Diese Tatsache erlaubt nicht, auf die Konkurrenz der "generellen" Norm ohne weiteres zu schließen. Denn die Spezialität fehlt hier nicht in dem Sinne, daß die Norm des § 463 2 einen ganz anderen Sachverhalt, d. h. nur die Gewährleistung, als den von der c.i.c. erfaßten betrifft[33]; sie bezieht sich auch auf einen vorvertraglichen Sachverhalt, den sie mitregelt. Aus diesem eigenartigen Verhältnis läßt sich weder für die Zulassung noch für die Verdrängung der vorvertraglichen Norm eindeutig entscheiden. Der sich aus dem Grundsatz der Spezialität überhaupt ergebende Schluß ist an sich[34] nur sinnvoll, wenn entweder gar keine Überschneidung gegeben ist oder - im umgekehrten Fall - wenn das Verhältnis der Spezialität tatsächlich vorliegt.

Ein ordnungsmäßig durchgeführter Umkehrschluß kann nur zur folgenden Feststellung führen: Weil das Gesetz die Rechtsfolge (das Erfüllungsinteresse) nur an einen Tatbestand (die vorvertragliche Arglist und die schlechte Lieferung)

---

31) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 207 ff.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 47 ff.

32) Ganz zu Unrecht lehnt Diederichsen, a.a.O., S. 403 links, auch eine teilweise Überschneidung ab. Wie hier Nick, a.a.O., S. 412.

33) So jedoch wegen Verkennung des Tatbestandes des § 463 2 Diederichsen, a.a.O., der infolgedessen die Haftung aus der "generellen" Norm insoweit zuläßt.

34) d. h. nur als logischer Schluß. Denn logische Schlüsse müssen, um endgültig annehmbar zu sein, allenfalls insbesondere auch mit dem teleologischen Zusammenhang der betreffenden Normen (dazu unten, unter 5) übereinstimmen; heute h. L., vgl. Ennec.-Nipp. § 60 II; Lehmann-Hübner § 8 IV 3; Larenz, Methodenlehre, S. 207 ff.

knüpft, soll sie bei einem anderen Tatbestand (die vorvertragliche Fahrlässigkeit und die schlechte Lieferung) nicht eingreifen. Dieser Syllogismus ist auch juristisch zulässig. Dem Sinne nach muß die angeordnete Rechtsfolge gerade "nur" für den gesetzlichen Tatbestand gewollt sein. Das Gesetz hat die Arglist absichtlich gewählt, um die Fälle auszuscheiden, in denen der Verkäufer einen Mangel anzuzeigen unterlassen hatte, weil er annahm, daß der andere Teil den Mangel kenne[35]; andererseits hat es diese Rechtsfolge mit dem Gewährleistungstatbestand in dem Sinne verbunden, daß der arglistig verschwiegene Mangel noch zur Zeit der Erfüllung vorhanden sein muß. Die an den geregelten Tatbestand der Arglist und der schlechten Lieferung geknüpfte Rechtsfolge soll nun - nach dem Umkehrschluß - gerade nur bei dem ihm entsprechenden, nicht geregelten Tatbestand der Fahrlässigkeit und der schlechten Lieferung nicht eintreten. Das argumentum e contrario kann eigentlich nur auf diesen einheitlichen Tatbestand schließen, denn nur dieser könnte die Rechtsfolge ergeben, die es auszuschließen sucht. Das Erfüllungsinteresse kann sich ja nur aus diesem umfangreichen Tatbestand, und zwar - wie aus dem Tatbestand der Arglist und der schlechten Lieferung - als Forderung des Prinzips des Kausalzusammenhangs ergeben[36]. Für den gesonderten Tatbestand der (vorvertraglichen) Fahrlässigkeit dagegen wäre - wegen des gleichen Kausalitätsprinzips - nur das negative Interesse zugänglich; das Erfüllungsinteresse ist hier gar nicht denkbar, also im voraus ausgeschlossen[37]. Dabei ginge es nur

---

35) Prot. II, S. 686.

36) Zu Unrecht meint Diederichsen (a.a.O., S. 404 links), daß das Erfüllungsinteresse aus dem (getrennten) Tatbestand der Fahrlässigkeit (erst) durch den Umkehrschluß selbst ausgeschlossen sei. Zu diesem Ergebnis kommt er offensichtlich deswegen, weil er als Tatbestand des § 463 2 nur den vorvertraglichen Tatbestand annimmt.

37) Es ist eine ganz andere Frage, ob diese Rechtsfolge auch dann eintreten muß, wenn eine ordnungsgemäße Lieferung erfolgt. Diese Frage begegnet uns auch bei der Rechtsmängelhaftung im Kauf (vgl. S. 70) wie beim Sachmängelrecht im Werkvertrag (vgl. S. 83, Anm. 10) und ist ebenso wie dort zu verneinen. Führt der Ersatzanspruch aus c.i.c. - wie regelmäßig - zur Aufhebung des Vertrages, so darf er nicht zum Zuge kommen, wenn der Vertrag schon ordnungsgemäß erfüllt worden ist. Das Verschulden beim Vertragsschluß wird durch Erfüllung der Gewährleistungspflicht aufgehoben. Dadurch werden die Interessen des Käufers völlig bewahrt und dessen durch den Vertrag erstrebte Zwecke erreicht. Ein Anspruch aus c.i.c. wäre dann um so weniger erwünscht, als er den Geschäftsverkehr unerträglich belasten würde und zu einem höchst umfangreichen Prozeß führen könnte. Das bedeutet allerdings keinesfalls, daß zum Tatbestand der c.i.c. auch der vertragliche Tatbestand der schlechten Lieferung gehört. Die Abhängigkeit der vorvertraglichen Haftung von der Nichterfüllung der Gewährleistungspflicht hat mit der Tatbestandsfrage nichts zu tun. Denn sie ergibt sich - selbstverständlich - nicht daraus, daß die vorvertragliche Haftung tatbestandsmäßig auch auf einem vertraglichen Tatbestand beruht, sondern erst aus einer Bewertung der mit der Erfüllung der Gewährleistungspflicht entstehenden Interessenlage. Als Rechtsfolge eines vorvertraglichen und zugleich vertraglichen Tatbestands ist zudem - wie gesagt - nur das Erfüllungsinteresse vorstellbar.

um die typische Rechtsfolge der c.i.c. Über diese Rechtsfolge vermag nun das arg. e contrario keinen Schluß zuzulassen. Es schließt stets nur auf diejenige Rechtsfolge, die an den geregelten Tatbestand geknüpft ist; gerade diese für den geregelten Tatbestand bestimmte Rechtsfolge soll bei dem nicht geregelten Tatbestand nicht eintreten[38]. Für eine Aussage über eine andere Rechtsfolge bleibt daher kein Raum[39].

b. Da nun beide Rechtsnormen, ihren Tatbeständen entsprechend, auch teilweise unterschiedlicher Natur sind, ist auch von hier aus kein sicheres Ergebnis zu gewinnen. Hier erscheinen folgende Hypothesen möglich. Läge zunächst der Rechtsgrund des § 463 2 ausschließlich im vertraglichen Bereich, so dürfte diese Vorschrift die vorvertragliche Rechtsnorm uneingeschränkt zulassen. Stellte nämlich ein und dasselbe Verhalten einen Verstoß sowohl gegen die Grundsätze der c.i.c. als auch gegen den (so verstandenen) § 463 2 dar, so brauchte diese Vorschrift nicht den Schadensersatzanspruch auszulöschen, der bereits vor der Verletzung der vom § 463 2 ganz unberührt bliebe[40]. Ginge aber hingegen § 463 2 allein auf die vorvertragliche Haftungsgrundlage zurück, so brauchte er die c.i.c. - allem Anschein zum Trotze - nicht unbedingt zu verdrängen. Denn dann hätten zwar beide Rechtsnormen eine gemeinsame Haftungsgrundlage; da aber die Sanktion des § 463 2 jedenfalls auf das weitgehende Erfüllungsinteresse ginge, dürfte man annehmen, daß § 463 2 wegen des strengeren Arglist-Tatbestandes nur eine "Verschärfung" der sonstigen Haftung aus c.i.c. einführe und daher die mildere, normale Haftung auf das negative Interesse nicht notwendig ausschließe[41]. Diese

---

38) Das arg. e contrario ist - nach treffender Formel Klugs (Juristische Logik, S. 129) - an folgendes Schema gebunden: "Prämisse: wenn ein Sachverhalt die gesetzlichen Voraussetzungen V_1, V_2, ..., V_n erfüllt, so treten für ihn die Rechtsfolgen R_1, R_2, ..., R_n ein. Konklusion: wenn ein Sachverhalt die gesetzlichen Voraussetzungen V_1, V_2, ..., V_n nicht erfüllt, so treten für ihn die Rechtsfolgen R_1, R_2, ..., R_n nicht ein". Vgl. im allgemeinen auch Schneider, Logik für Juristen, S. 177 ff., 330 ff.; Schreiber, Logik des Rechts, S. 51 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 368; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 73.

39) Gegen den Umkehrschluß u. a. auch Oertmann LZ 14, 519; ders. in Komm. § 463.1b (S. 607); Weidenbaum, LZ 33, 370; Diederichsen, a.a.O.

40) So z. B. Diederichsen, a.a.O.; Böhme, Die Aufklärungspflicht, S. 221, m. weit. Ang.

41) Ganz in diesem Sinne Oertmann, LZ 14, 513, 519/520: "(§ 463 2) behält seine Besonderheit durch die, als durchaus sachgemäße Folge der Arglist wohlgerechtfertigte, Verschärfung der Haftung bis auf das volle Erfüllungsinteresse". Vgl. auch Ennec.-Lehmann § 112 I 3 (S. 453).

Skepsis wäre jedoch - selbstverständlich - nur richtig, wenn das Erfüllungsinteresse des § 463 2 nur auf den vorvertraglichen Tatbestand zurückzuführen wäre. Nur dann würde es eine Verschärfung gegenüber der normalen Folge der c.i.c. darstellen. Das Erfüllungsinteresse beruht aber auch auf einem vertraglichen Tatbestand und folgt sogar - nach den Regeln der Kausalität - erst daraus. Es kann deshalb in keinem Fall als Haftungsverschärfung aufgefaßt werden; der Verkäufer haftet nicht nur, weil er bei Vertragsschluß arglistig gehandelt hat, sondern auch deswegen, weil er den Vertrag nicht ordnungsgemäß erfüllte; eine "mildernde" Haftung dabei ist nicht vorstellbar. Das Erfüllungsinteresse ist ja keine Privatstrafe, sondern unter dem gegebenen Tatbestand in der Tat eine normale Haftung - mit der einzigen (in diesem Zusammenhang unbedeutenden) Besonderheit, daß sie sich auch an einem vorvertraglichen Tatbestand anknüpft. Auf eine "Konfrontation" von "verschärften" und "normal-milderen" Haftung darf man insofern nicht spekulieren und in dieser Weise daher für die c.i.c. plädieren. Bei der Stellung der Frage nach einer selbständigen Geltung der c.i.c. darf die Eigenart des Tatbestandes und Rechtsgrundes des § 463 2 nicht übersehen werden. Die Frage muß vielmehr nur so lauten: Was hat das Gesetz mit der Zusammenfassung beider Tatbestände beabsichtigt? Wollte es die c.i.c. als selbständigen Haftungsgrund beiseite setzen und sie überhaupt nur in Verbindung mit der Gewährleistung gelten lassen? Oder wollte es mit der Gewährleistung eigentlich nur den dolus i. c. verbinden, die allgemeinen Grundsätze aber gar nicht berühren? Und diese Frage ist vom erörterten Standpunkt aus nicht - oder zumindest nicht eindeutig - zu beantworten; unsere Haftung kann soweit weder als bewiesen noch als widerlegt gelten.

Dazu sind nur noch andere Kriterien zu suchen.

5. So muß zunächst das teleologische Verhältnis zwischen den von den fraglichen Rechtsnormen ausgelösten Wirkungen erhellt werden. Man hat hier die sich aus § 463 2 ergebende Situation mit der Kausalfolge zu vergleichen, wie diese ohne Vertrauen auf die verschuldete Offenbarung verliefe.

Bei dieser Betrachtung liegt das Gewicht in der Unterscheidung zwischen negativem Interesse und Erfüllungsinteresse. Hinter ihr steht der Gedanke, daß das Erfüllungsinteresse mehr sei als das negative. Wenn also der Verkäufer das Erfüllungsinteresse nur bei Arglist zu ersetzen brauche, so bleibe damit eine auf das negative Interesse gerichtete Ersatzpflicht schon bei Fahrlässigkeit vereinbar.

Dieser Gedanke ist richtig, aber trifft nicht den Kern der Sache. Daß das Erfüllungsinteresse in seinem Wert größer als das negative Interesse ist, trifft nur als allgemeiner Grundsatz zu. Von diesem Grundsatz ist auch das Gesetz ausgegangen, indem es - wie bei §§ 122, 179, 307, 309 - den Höchstbetrag des negativen auf das positive Interesse beschränkt. Es kann allerdings vorkommen, daß beide Interessenarten gleichwertig sind oder das negative Interesse wertvoller ist. Gerade diese Fälle sind hier vor allem problematisch.

Hätte der Verkäufer über den Sachmangel rechtzeitig aufgeklärt, so hätte der Käufer normalerweise vom Vertrag Abstand genommen und eine andere, mangelfreie Sache gekauft. Für diese Sache hätte er regelmäßig denselben Preis gezahlt wie für die andere, falls er sich auf deren Mangelfreiheit nicht verließe. Der weitere Kausalverlauf wäre dann ebenso gewesen wie bei der Mangelfreiheit der wirklich gekauften Sache. Unterschiede im Kausalverlauf und damit auch hinsichtlich der beiden Interessenarten lassen sich hier nicht denken. Negatives und Erfüllungsinteresse fallen also insofern - d. h. regelmäßig! - in ihrer Wirkung zusammen[42]. Hätte ferner - wenn auch nur ausnahmsweise - der Käufer die mangelfreie Sache zu einem günstigen Preis erworben, so ginge dann das negative über das Erfüllungsinteresse hinaus. Was soll also in diesen Fällen geschehen?

Nehmen wir zuerst den Fall, in dem sich beide Interessen decken.

Hier scheint § 463 2 die Konkurrenz des negativen Interesses nicht zu dulden. Da das Gesetz mit § 463 2 das Erfüllungsinteresse bei Fahrlässigkeit schlechthin ausschließen will, kann es unmöglich eine andere Rechtsfolge daneben zulassen wollen, die die gleiche Interessenwirkung auslöst. Diese weitgehende Wirkung hat es sich nur für den geregelten, strengeren Tatbestand vorbehalten. Wollte es diese Wirkung auch bei einfachem Verschulden gewähren, so müßte es wohl schon mit den Regeln der c.i.c. genügen, d. h. er brauchte - angesichts auch dessen, daß die Ersatzpflicht aus c.i.c. praktisch auch von der Verletzung der Gewährleistungspflicht abhängig wäre[43] - keine besondere Vorschrift aufzustellen. Das "negative" Interesse enthielte ja ohnehin die Wirkung des "positiven"! Eine Unterscheidung zwischen diesen Interessen wäre dann nur eine feinsinnige, rein

---

42) Ebenso Medicus, Fest. f. Ed. Kern, S. 319/320.
43) Vgl. oben S. 24 Anm. 37.

begriffliche Vorstellung, die als solche die Aufstellung eines § 463 2 kaum rechtfertigen könnte, sollte man den entscheidenden Wert gerade auf das praktische Ergebnis legen. Unter solchen Umständen müßte eine Zulassung des negativen Interesses dabei auf unzulässige Gleichstellung des geregelten mit dem nicht geregelten Tatbestand hinauslaufen und im Ergebnis zur Umgehung dieser Bestimmung führen[44].

Dem ist jedoch eine andere Argumentation entgegenzuhalten. § 463 2 ließe sich nur dann umgehen, wenn durch eine Zulassung des negativen in der Höhe des Erfüllungsinteresses jede Bedeutung verlöre. Das geschieht allerdings nicht, denn das negative Interesse kann auch weniger sein, so daß § 463 2 seinen selbständigen Wert nicht einbüßt. Das ist zunächst der Fall, wenn der Käufer bei entsprechender Offenbarung den anderen, hypothetischen Kauf zu einem höheren Preis abgeschlossen hätte und außerdem auch dann, wenn der Kauf einer mangelfreien Sache gar nicht möglich gewesen wäre. Hierunter fallen aber vor allem auch die in der Praxis häufiger vorkommenden Fälle, in denen der Käufer bei Offenbarung den Vertrag nicht abgelehnt, sondern zu einem niedrigen Kaufpreis abgeschlossen hätte. Den letzteren Fall mag folgendes Beispiel veranschaulichen:

Der Verkäufer eines Wagens hat dem Käufer einen Sachmangel fahrlässig verschwiegen. Der Wagen hat mit dem Mangel den Wert von 20.000 DM (Istwert), ohne den Mangel den Wert von 40.000 DM (Sollwert). Der getäuschte Käufer hat den Wagen für 30.000 DM, er hätte ihn bei Kenntnis des Mangels nur für 15.000 DM gekauft[45].

Nach den Regeln der c.i.c. hat der Verkäufer den Käufer so zu stellen, wie er (jetzt) stehen würde, wenn der Vertrag mit dem hypothetischen Inhalt (minderen Preis) zustande gekommen wäre (§ 249). Der Käufer kann also aus c.i.c. 15.000 DM des Kaufpreises zurückverlangen oder bis zu diesem Betrag Befreiung von dem noch nicht bezahlten Kaufpreis begehren[46].

Es sei beiläufig bemerkt, daß der Käufer zum selben Ergebnis auch mit dem Minderungsanspruch nach § 462 kommen kann. Gem. § 472 I ist bei der Minderung der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden

---

44) Auf diesem Standpunkt stellt sich anscheinend Medicus, a.a.O.; ders. JuS 65, 209, 217 unter e.
45) Vgl. Hildebrandt, a.a.O., S. 269.
46) Ebenso Hildebrandt, a.a.O.

haben würde. Hiernach müssen vier Posten miteinander in Beziehung gesetzt werden: der geschuldete Preis, der geminderte Preis, der geschuldete und der wahre Wert der Sache:

$$\frac{40.000\ (=\text{Sollwert})}{20.000\ (=\text{Istwert})} = \frac{30.000\ (=\text{geschuldeter Preis})}{x\quad (=\text{geminderter Preis})}$$

$$x = 15.000^{47)}.$$

Hätte nun der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so hätte der Käufer nach § 463 2 die Wahlmöglichkeit: Er könnte zunächst beim Vertrage stehen bleiben, den Wagen bezahlen und Ersatz für den Minderwert, d. i. die Differenz zwischen dem Soll- und Istwert der Sache, verlangen, sog. kleiner Schadensersatzanspruch. Dann hätte er zwar den ganzen geschuldeten Preis zu 30.000 DM (nicht also nur 15.000 DM) zu bezahlen, er könnte aber zugleich den Ausgleich des Minderwerts (Sollwert 40.000 - Istwert 20.00 = 20.000) zu 20.000 DM verlangen[48)]. Ihm bliebe sonach der Unterschied von 10.000 DM. Statt dessen könnte er ferner die Sache zur Verfügung stellen, den Preis zurückfordern und sein gesamtes Interesse an der Erfüllung des Vertrages ersetzt verlangen, (ohne[49)] den Nachweis erbringen zu brauchen, daß er an der Erfüllung kein Interesse hat), sog. großer Schadensersatzanspruch.

---

47) Vgl. etwa Fikentscher § 70 V 1 (S. 395). Sicher ist der Minderungsanspruch mit dem Anspruch aus c.i.c. nicht identisch. Abgesehen von der verschiedenen Grundlage handelt es sich bei der Minderung nur um Herabsetzung des Kaufpreises, aber nicht um Schadensersatz; vgl. dazu § 462, S. 55.

48) Vgl. auch das Beispiel, Hecks, Schuldrecht, S. 274 (i. V. m. S. 273 unter Nr. 11 a): Wenn B bei Verkauf eines Hauses wegen unrichtiger Mietangaben dem A auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet, so kann A das Haus behalten und die Differenz zwischen dem wirklichen Wert des Hauses von DM 90.000 und dem Werte von DM 120.000 fordern, der bei Richtigkeit der Zusicherung vorhanden gewesen wäre, also 30.000 DM. Ferner Esser, Schuldrecht § 64 III 3 a (S. 47); Siebert-Ballerstedt § 463.11; RGRK-Kuhn § 463.12; Erman-Weitnauer Vor § 459 IV 4 a.

49) So die städt. Rspr. des RG (GRZ 52, 352 bis 134, 90); ebenso Soergel-Ballerstedt § 463.11; Erman-Weitnauer, Vor § 459 IV 4; Larenz § 41 II c 3 (S. 52); Diederichsen, AcP 165, 150 f. m. weit. Nachw.; so auch BGHZ 29, 148. Dagegen vor allem Staud.-Ostler § 463.19.

Sind also hier genug Fälle denkbar, in denen das negative Interesse hinter dem Erfüllungsinteresse zurückbleibt, so läßt sich die Selbständigkeit unserer Vorschrift, selbst wenn man das negative bis in die Höhe des Erfüllungsinteresses zubilligt, nicht in Abrede stellen. Deren Aufgabe besteht vielmehr darin, das Erfüllungsinteresse bei Arglist jedenfalls zuzusichern, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob es im Einzelfall zur gleichen Wirkung auf dem Weg der c.i.c. bzw. des negativen Interesses gekommen wäre. Bliebe man hier bei den allgemeinen Grundsätzen der c.i.c., so wäre dieses Ergebnis sicherlich nicht erreichbar. Soll also im konkreten Fall das negative Interesse die gleiche Wirkung herbeiführen, so kann dessen Ersatzfähigkeit nicht mit dem Bedenken einer Aufhebung der eben generellen Zwecken des § 463 2 bekämpft werden. § 463 2 geht sowieso weiter. Er sichert ein festes Ergebnis, zu dem die c.i.c. ja nur zufällig kommen kann; das Erfüllungsinteresse bleibt nämlich starr, das negative Interesse ist nach dem Fall elastisch.

Es ist somit anzunehmen, daß die Rechtsfolge des § 463 2 selbst die Rechtsfolge der c.i.c. nicht ausschließt, soweit die letztere zum gleichen Ergebnis führt. Dies wird auch von den Vorschriften der §§ 122, 179, 307, 309 bestätigt. Das Erfüllungsinteresse versagt auch dort. Aber aus der Tatsache, daß das negative Interesse in der Höhe des Erfüllungsinteresses stets zugelassen wird, hat sich ja niemand eine Aufhebung der generellen Versagung des Erfüllungsinteresses ausgedacht! Der Gesetzgeber war hier sicherlich in keiner "absurden" Inkonsequenz befangen, wenn er mit der einen Hand das Erfüllungsinteresse wegnahm und mit der anderen die ihm entsprechende Wirkung auf andere Weise zuerkannte!

Wie ist es nun, wenn das negative das Erfüllungsinteresse übersteigt?

Dabei ist von den eben erwähnten Vorschriften auszugehen. Sie beruhen auf dem Grundgedanken, daß wer auf das gültige Zustandekommen des Vertrages vertraut und darüber täuscht, nicht besser gestellt werden darf, als durch Erfüllung des eben geplanten Vertrages. Der Getäuschte kann sich also nicht darauf berufen, daß er sonst vom Vertrage Abstand genommen und anderweitig günstiger abgeschlossen hätte[50]. Hätte also hier der Käufer, wenn er nicht getäuscht hätte, einen günstigeren Vertrag abgeschlossen, so kann er nicht in die Lage versetzt

---

50) Blomeyer § 33 III 2 c (S. 198).

werden, wie sie aus der Erfüllung dieses Vertrages erwachsen wäre. Eine Übertragung dieses Gedankens auch auf unseren Fall erscheint als zulässig, weil dessen Grundvoraussetzung, d. i. die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Vertrages, auch hier gegeben ist. Der Vertrag ist hier anfechtbar, und zwar im Sinne des § 119 II[51]. Der Käufer befindet sich in einem nach § 119 II beachtlichen Eigenschaftsirrtum, da er sich die Sache als von (nach dem subjektiven Fehlerbegriff) "vereinbarten" Beschaffenheit vorgestellt hatte[52]. Der Anfechtende ist sogar dann nach § 122 damit belastet, dem Gegner den Vertrauensschaden zu ersetzen. Diese Verpflichtung entfällt aber hier, weil der Anfechtungsgegner den Irrtum des Anfechtenden kennt oder kennen mußte (§ 122 II). Schadensersatzpflichtig ist sogar hier nach den Grundsätzen der c.i.c. allein der Anfechtungsgegner (Verkäufer), weil er selbst den Irrtum des Käufers schuldhaft verursacht hat[53]. Gerade für diese Rechtslage ist hier der Gedanke der §§ 122, 179, 307, 309 heranzuziehen, um nämlich den Umfang der Schadensersatzpflicht des Verkäufers zu bestimmen.

6. Ist aber dieses Ergebnis mit der "gesetzlichen Ordnung" des Gewährleistungsrechts vereinbar?

Die erste Frage, die in dieser Beziehung auftaucht, ist, ob der irrende Käufer doch zur Anfechtung nach § 119 II berechtigt ist. Die Antwort darauf scheint wichtig zu sein. Denn sollte diese Frage verneint werden, so müßte - wie wenigstens auf dem ersten Blick aussieht - der Schadensersatzanspruch aus c.i.c. schon aus allgemeinen Gesichtspunkten ausfallen. Hätte der Käufer schon das ursprüngliche Recht nicht, sich vom Vertrag freizumachen, so dürfte er auch nicht, und zwar erst recht nicht, das weitere Recht haben, darüber hinaus Schadensersatz zu verlangen. Sollte die Möglichkeit einer Anfechtung nicht gegeben sein, so könnten auch die §§ 122, 179, 307 kaum noch helfen; daß sie als solche

---

51) Nicht i. S. des § 123, weil es in unserem Fall nur um fahrlässige Täuschung geht.

52) Verkehrswesentliche Eigenschaften i. S. des § 119 II sind nur solche, die ausdrücklich oder stillschweigend als Beschaffenheitsmerkmale der Sache vereinbart worden sind. Der Käufer irrt dann über das Abweichen der Kaufsache von der dem Rechtsgeschäft entsprechenden Beschaffenheit. So Flume § 24 2 b; § 24 3 a; Ennec.-Nipp. § 168; Staud.-Coing § 119. 1 b u. 18; Soergel-Ballerstedt Vor § 459.28.

53) Vgl. darüber zu §§ 119, 122, S. 87 ff.

die Anspruchsgrundlage der c.i.c. nicht ausschließen, wäre nutzlos, wenn diese Vorschriften gar nicht anwendbar wären. Selbst die Tatsache, daß § 463 2 selbst die c.i.c. zuläßt, verlöre jede Bedeutung, wenn dieser Anspruch bereits aus allgemeinen Gesichtspunkten ausgeschlossen werden sollte. Die Frage, die unter solchen Umständen in den Vordergrund rückt, ist, ob die Regeln der §§ 459 ff. gegenüber der Irrtumsanfechtung wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 II eine "Sonderregelung" darstellen. Die Problematik scheint damit in ein anderes Konkurrenzproblem hineinzufließen; aus dessen Ausgang mag nun auch unsere Lösung geschöpft werden.

Es ist heute allgemeine Meinung, daß, soweit Sachmängelrecht reicht, die Anfechtung des Käufers wegen Sachmangels nach § 119 II ausgeschlossen ist[54]. Bei der Regelung des § 119 II und der Haftung für Fehler der Kaufsache handelt es sich insofern um den gleichen Tatbestand, als ein Abweichen des Gegenstandes des Rechtsgeschäfts von der dem Rechtsgeschäft entsprechenden Beschaffenheit zum Tatbestand beider Regelungen gehört[55]. Soweit erweist sich die Mängelregelung als lex spezialis des Kaufes[56]. Auch der praktischen Auswirkung nach gesehen, haben Anfechtungsregelung und Sachmängelrecht die gleichen Funktionen. Sie bestimmen die Rechtsstellung des Käufers für den Fall einer tatsächlichen Abweichung der Kaufsache von der vereinbarten Beschaffenheit und ermöglichen ihm, sich von dem Kaufvertrage zu lösen[57]. Diese Divergenz zwischen vereinbarter und tatsächlicher Beschaffenheit will aber das Sachmängelrecht nach Voraussetzungen und Folgen nur beschränkt ausgleichen. So entfallen die Mängelrechte zunächst, wenn der Irrtum des Käufers auf großer Fahrlässigkeit beruht (§ 460 2) oder wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung als Pfand verkauft wird (§ 461). Sie verjähren ferner, ungeachtet dessen, ob der Käufer den Fehler ent-

---

54) RGZ 135, 340; 138, 356; BGHZ 16, 57; 34, 34; Blomeyer, Rechts- und Sachmängelhaftung, S. 49, 51; Ennec.-Nipp. § 168 III; Ennec.-Lehmann § 112 III; Lehmann-Hübner § 34 III 1 e n (S. 267); Flume, Eigenschaftsirrtum, S. 132 ff.; ders § 24 3 a; Medicus § 15 VI; Fikentscher § 70 IX 4 c; Larenz, Allg. Teil § 26 II d (S. 392 f.); ders. SchuldR. § 41 II e (S. 60 f.); Staud.-Ostler Vorbemerk. § 459.16; Staud.-Coing § 119.32 f.; Siebert-Ballerstedt Vor § 459.28; RGRK-Kuhn § 459.36; Palandt-Putzo Vor § 459.2e; Palandt-Danckelmann § 119.4 d; Erman-Weitnauer Vor § 459.86; Erman-Westermann § 119.12.

55) Flume § 24, 3 a (S. 484).

56) z. B. Lehmann-Hübner, a.a.O.; Staud.-Coing, a.a.O.

57) Staud.-Coing, a.a.O.

deckt, nach § 477 in der kurzen Frist von sechs Monaten (bei beweglichen Sachen) oder einem Jahr (bei Grundstücken) von der Ablieferung oder Übergabe. Diese wohlabgewogene Regelung würde aber illusorisch werden, wenn man daneben die Anfechtung nach § 119 II gestatten wollte. Da der Käufer durch die Anfechtung annähernd dasselbe erreichen würde wie durch die Wandlung, würden zunächst die Vorschriften der §§ 460 2, 461 praktisch aufgegeben werden[58]. Der Käufer müßte zwar nach § 122 beim Verkäufer Schadensersatz leisten, das stünde jedoch zu der (nicht auf Schadensersatz-, sondern nur auf Äquivalenzgedanken aufgebauten) Sachmängelregelung in Widerspruch; das wäre zudem hier um so mehr unbilliger, als der Käufer durch den Mangel der Geschädigte ist[59]. Die Verjährungsvorschrift des § 477 bezweckt weiterhin im Interesse der Verkehrssicherheit die glatte Abwicklung des Geschäfts. Die Anwendbarkeit des Anfechtungsrechts würde aber die Anfechtung, falls sie nur nach Erlangung der Kenntnis des Anfechtungsgrundes, also nach Entdeckung des Mangels unverzüglich erfolgt, 30 Jahre lang (§ 121 II) gestatten, also das Damoklesschwert der Auflösung 30 Jahre lang über den wichtigsten Verkehrsgeschäft schweben lassen[60].

Die Anfechtung nach § 119 II ist sogar schon mit dem Kaufabschluß und nicht erst mit dem Gefahrübergang ausgeschlossen[61]. Die überwiegend vertretene gegenteilige Auffassung[62] verdient keine Billigung. Sie beruht auf der unzutreffenden Meinung, daß die Gewährleistungsansprüche erst im Zeitpunkt des Gefahrübergangs gegeben seien. In Wirklichkeit aber entstehen diese Ansprüche, sofern der Mangel schon bei Vertragsabschluß vorhanden ist, schon mit dem Abschluß des Kaufs, und zwar auch für einen behebbaren Mangel unter der Rechtsbedingung, daß die Beseitigung bis zum Gefahrübergang unterbleibt. Denn es wäre äußerst unpraktisch und reiner Formalismus, wenn der Käufer auch dann, wenn feststeht, daß der Mangel (überhaupt oder doch bis zum Erfüllungstermin) nicht mehr beseitigt werden kann oder der Verkäufer ausdrücklich erklärt, daß er ihn nicht beseitigen

---

58) z. B. Ennec.-Lehmann, a.a.O.; Flume, a.a.O., S. 484; Staud.-Ostler, a.a.O.; Staud.-Coing, a.a.O.; Larenz SchuldR. S. 60 f.; Fikentscher, a.a.O.
59) Vgl. Fikentscher, a.a.O.
60) So z. B. die in Anm. 58 Genannten. Vgl. aber zu diesem Argument unten S. 36.
61) So vor allem Flume, Eigenschaftsirrtum, S. 134; ders. § 24 3 a (S. 485); Soergel-Ballerstedt Vor § 459.28; Larenz SchuldR. S. 61.
62) RGZ 138, 356; BGHZ 34, 32; Ennec.-Lehmann § 108 II 1 a δ; § 112 III 2 a.E.; Palandt-Putzo Vor § 459.2.

wolle, so lange mit der Geltendmachung der Rechte warten müßte, bis ihm die mangelhafte Sache angeboten würde[63]. Wollte man alsdann eine Einschränkung wegen unbehebbarer Mängel machen, die Gewährrechte also ausnahmsweise vor dem Gefahrübergang zulassen[64], so würde diese Ansicht, da die Anfechtung nach § 119 III insoweit durch die Gewährsansprüche ausgeschlossen wäre, zu der merkwürdigen Konsequenz führen, daß der Käufer wegen solcher Mängel, die angesichts ihrer Unbehebbarkeit seine Interessen stärker beeinträchtigen, geringere Rechte haben soll, als wenn der Mangel bis zum Übergang der Gefahr beseitig werden kann[65]. Ein weiteres Argument enthält § 460 2. Es ist selbstverständlich, daß, wenn die Haftung des Verkäufers bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Käufers von dem Mangel ausgeschlossen ist, nicht vor Übergabe die Rechte des Käufers weiter gehen können als nach der Übergabe. Bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Käufers muß also die Anfechtung nach § 119 II jedenfalls geschlossen sein. Dann ist aber die These, daß der Käufer vor dem Gefahrübergang bei Fehlerhaftigkeit der Sache das Anfechtungsrecht nach § 119 II habe, gegenstandslos[66].

Diese Erkenntnis möchte als schlüssig erscheinen. Culpa in contrahendo und Gewährleistungspflicht nach §§ 459 ff. berühren sich in einem Irrtum des Käufers über die Eigenschaften der Kaufsache[67]. Aus diesem Irrtum entspringen für den Käufer außer den Gewährleistungsansprüchen nach §§ 459 ff. noch zweierlei Rechte: das Anfechtungsrecht nach §§ 119 II und der Schadensersatzanspruch des c.i.c. Hiervon wird zunächst das Anfechtungsrecht durch die Regelung der §§ 459 ff. - nach dem Obigen - verdrängt. Anfechtungsrecht und Schadensersatzanspruch decken sich nun insofern, als beide zur Auflösung des Vertrages führen. Beide Rechtsbehelfe unterscheiden sich ferner tatbestandsmäßig dadurch, daß der Schadensersatzanspruch nur bei Verschulden des Partners, das Anfechtungsrecht aber auch ohne dieses besteht. Dies bedeutet, daß das schuldhafte Verhalten des Partners auch zum Tatbestand des Anfechtungsrechtes gehört - in dem Sinne, daß wenn es vorliegt, zur Anfechtung berechtigt. Das (gleiche) schuldhafte Verhalten bildet

---

63) Larenz § 41 I c (S. 40).
64) S. z. B. Ennec.-Lehmann, a.a.O.
65) Die Anfechtung wäre nämlich dann - wegen der Möglichkeit der Geltendmachung der Mängelansprüche schon vor Gefahrübergang - ausgeschlossen. So mit Recht Soergel-Ballerstedt, a.a.O.
66) Flume § 24 3 a (S. 485).
67) Vgl. Flume, Eigenschaftsirrtum, S. 11 ff. u. 109 ff.

also sowohl die Quelle einer gemeinsamen Wirkung, der Auflösung des Vertrages, als auch (insofern) den gemeinsamen Tatbestand für beide Rechtsarten. Wenn aber nun die Auflösung des Vertrages - wegen der §§ 459 ff. - jedenfalls nicht durch das Anfechtungsrecht erreicht werden darf, gleichgültig also, ob es auf ein Verschulden des Verkäufers beruht oder nicht, so darf sie auch nicht in der Form eines derartigen Schadensersatzanspruches zugelassen werden, der sich eben auf das gleiche Verschulden stützt.

Anfechtungsrecht und Schadensersatzanspruch decken sich insofern sowohl im Tatbestand als auch in ihrer Wirkung. Der Schadensersatzanspruch wäre hier nur dann möglich, wenn das Anfechtungsrecht bei schuldhaftem Verhalten des Verkäufers nicht ausgeschlossen wäre. Das kommt allerdings gar nicht in Frage. Denn abgesehen davon, daß eine solche Deutung eine unzulässige "Berichtigung" der ganzen Anfechtungsregelung bedeuten würde, würde sie immer noch der Mängelregelung, namentlich dem § 460 2, widersprechen: Obwohl die Wandlung bei grober Fahrlässigkeit des Käufers stets, d. h. auch bei Verschulden (Fahrlässigkeit!) des Verkäufers ausgeschlossen ist, könnte dann der Käufer auf dem Weg der Anfechtung immer zur Aufhebung des Vertrages kommen. Ist also das Verschulden des Verkäufers einmal bei der Anfechtungsfrage unbeachtlich, so muß es stets bei der Schadensersatzfrage unbeachtlich bleiben. Diese Folgerung erscheint letztlich um so mehr zwingend, als der aus demselben Verschulden entspringende Schadensersatzanspruch - normalerweise - weit über die Folge einer Anfechtung, also die bloße Auflösung des Vertrages, hinausreicht[68].

---

68) Die Anfechtung gem. § 119 I ist neben der §§ 459 ff. unbeschränkt möglich; allgem. Meinung; z. B. Staud.-Ostler Vorbem. § 459.16; Erman-Weitnauer Vor § 459 III 8a; Erman-Westermann § 119.12; Fikentscher § 70 IX 4 a. Hier handelt es sich um ganz getrennte Tatbestände; Fikentscher, a.a.O. Der Sachmangel beim Kauf ist etwas anderes als ein Irrtum in der Erklärungshandlung, § 119 I, 1. Alternative (insb. Identitätsirrtum, Irrtum über den Gegenstand des Geschäfts, über den rechtlichen Gehalt des Geschäfts und über die Substanz der Sache); Fikentscher, a.a.O. Außerdem setzt der Erklärungsirrtum i. S. des § 119 I unbedingt einen Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung voraus. Wenn aber der Käufer über die Eigenschaften der Kaufsache irrt, dann stimmen Wille und Erklärung überein. Der Käufer irrt nicht über den Inhalt seiner Erklärung, sondern über die Übereinstimmung des Erklärten mit der Wirklichkeit. Der Zwiespalt liegt nur zwischen den vereinbarten und den wirklichen Eigenschaften der Sache. Hier handelt es sich nicht um einen Erklärungs-, sondern um einen Realitätsirrtum (Flume § 23 4 c; § 24 2 b; Ennec.-Nipp. § 168 I; Staud.-Coing § 119.15). Aus diesen Gründen ist die Anwendbarkeit des § 119 I neben den §§ 459 ff. für unsere Frage belanglos. Die c.i.c. des Verkäufers im Rahmen der Mängelhaftung berührt sich nur mit dem Eigenschaftsirrtum des Käufers nach § 119 II, nicht aber mit dem Erklärungsirrtum nach § 119 I.

Der Versuch, aus der Verdrängung des § 119 II den Ausschluß der c.i.c. zu schließen, wirkt also zunächst bestechend. Er kann sich trotzdem bei näherer Betrachtung nicht aufrechterhalten:

Bei der Konkurrenzfrage des § 119 II argumentiert man hauptsächlich mit § 460 2 und der Verjährungsvorschrift des § 477. Gegen die Konkurrenz des § 119 II darf jedoch eigentlich nur die erstere Vorschrift sprechen. Das Verjährungsargument ist in letzter Zeit mit folgender überzeugender Begründung Essers stark erschüttert worden: "Durch die Gewährung weitgehender Mängelansprüche soll es dem Käufer ermöglicht werden, auf (gegenüber der Anfechtung) vereinfachte Weise Qualitäts- und Eigenschaftsabweichungen der Kaufsache geltend zu machen. Auf der anderen Seite soll der Verkäufer durch die kurze Verjährung der Gewährleistungsrechte schnell von dieser globalen Gewährleistungshaftung befreit werden. Das wird er aber auch dann, wenn man den komplizierten und seinem Vertrauensschutz Rechnung tragenden allgemeinen Rechtsbehelf der Irrtumsanfechtung in seinem Ordnungsbereich weiter bestehen läßt. Der Verkäufer hat ihn ja auch"[69]. Will man also diese Meinung annehmen, so braucht man § 477 auch nicht bei der Konkurrenzfrage der c.i.c. heranzuziehen. Könnte (anderswie) nachgewiesen werden, daß der Anspruch aus c.i.c. neben den §§ 459 ff. doch besteht, so dürfte auch er aus Gründen der Verkehrssicherheit innerhalb der kurzen Fristen des § 477 verjähren[70]. Dies ist auch beim Werkvertrag der Fall, wobei der mit der ganzen Mängelregelung in Einklang stehende Anspruch aus c.i.c. nicht wegen der Verjährungsfrage allein abgelehnt werden kann; die Anwendung der kurzen Fristen des § 638 auch auf diesen Anspruch ist ja eher angebracht als dessen gänzliche Ablehnung.

§ 460 2 kann nun seinerseits nur das Anfechtungsrecht nach § 119 II hindern, nicht aber notwendig auch den Anspruch aus c.i.c. Während die Anwendung des § 119 II die Vorschrift des § 460 2 zur völligen Entwertung führen würde, weil die Anfechtungsmöglichkeit ohne weiteres auch bei grober Fahrlässigkeit des Käufers zu bestehen hätte, würde dieses befremdliche Ergebnis nicht erscheinen, wenn man den Anspruch aus c.i.c. nur in dem Maße der ädilizischen Rechte anerkannte,

---

69) Esser § 64 6 3 a (S. 57).

70) Dies nehmen alle diejenigen an, die die c.i.c. überhaupt bejahren; so z. B. das RG in RGZ 129, 280, 282 f.; Ennec.-Lehmann § 112 I 3 a (S. 453/4); vgl. auch die in S. 13 Anm. 1 Genannten. Anders wohl nur OLG München HRR 40, Nr. 150.

ihn also bei grober Fahrlässigkeit des Käufers - gleich wie diese Rechte - wegfallen ließe. Und diese Annahme wäre zulässig. § 460 2 regelt ausschließlich die Frage des "Mitverschuldens", wobei er die allgemeinen Grundsätze des § 254 ausschließt. Er sagt aber nichts darüber, was geschehen soll, wenn dieses "Mitverschulden" fehlt. Die ursprüngliche Frage nach der Haftung aus einem "Verschulden" beim Vertragsabschluß bleibt dabei völlig offen. Könnte nun aber diese Haftung auch endgültig angenommen werden, so müßte sie bei "Mitverschulden" des Käufers sicher entfallen: Bei eigener grober Fahrlässigkeit dürfte der Käufer niemals zur Auflösung des Vertrages kommen, gleich, ob den Verkäufer ein Verschulden (c.i.c.) trifft oder nicht[71].

Man ginge jedoch zu weit, wenn man auf der anderen Seite aus § 460 2 selbst die Offenbarungspflicht des Verkäufers beim Vertragsabschluß ableiten wollte, etwa so, daß vom Käufer hinsichtlich der Kenntnis des Mangels eine Sorgfalt bis zum Grade der "groben Fahrlässigkeit" gefordert wird, so daß auch vom Verkäufer derselbe Grad von Sorgfalt verlangt werden müsse, ist insofern nicht durchschlagend. Die Sorgfalt des Käufers stellt lediglich eine "Last" dar[72], die als solche ein schon bestehende Recht und dementsprechend eine Pflicht des Verkäufers, die Gewährleistungspflicht, voraussetzt. Die "Sorgfaltslast" des Käufers ist nach dem Wortlaut des § 460 2 auf die Gewährleistungspflicht des Verkäufers bezogen, die sie in gerechtem Maße abmildern soll. Die Gewährleistungspflicht muß aber jedenfalls schon bestehen, um durch eine Last des Käufers begrenzt werden zu können; sie wird nicht erst durch die Last begründet, sondern - gerade umgekehrt - von dieser vorausgesetzt. Daraus folgt, daß aus der Last des Käufers auch keine Offenbarungspflicht des Verkäufers hergeleitet werden kann. Nur wenn die Offenbarungspflicht schon existiert, kann die Last des Partners ihre Grenze bestimmen. Würde sie aber doch bestehen, so müßte sie sicher nach der Maßgabe des § 460 2 begrenzt werden. Denn kein Vertragsteil braucht sich mehr als der andere um die Kenntnis des Mangels zu kümmern, und zwar um so mehr, als die Entdeckung des Mangels - nach dem dem § 460 2 zugrunde liegenden Gedanken[73] -

---

71) Vgl. oben S. 34 f. In der groben Fahrlässigkeit des § 460 2 ist "jedenfalls... ein Mindestschutz des Verkäufers zu finden"; BGH LM § 439 Nr. 3 = NJW 60, 720, 721 links (obiter).

72) Vgl. zu § 460, S. 61.

73) Hätte das Gesetz bei § 460 2 nicht davon ausgegangen, so wäre die verschiedene Behandlung der groben Fahrlässigkeit des Käufers im Rechtmängelrecht (§ 439) nicht erklärlich. Die Unerheblichkeit der groben Fahrlässigkeit des Käufers bei § 439 beruht eben darauf, daß der Verkäufer besser als der Käufer in der Lage ist, die Rechtsmängel zu entdecken.

grundsätzlich beiden Teilen gleichermaßen zugänglich ist. Die Wertung müßte unbedingt auch auf den Umfang der Offenbarungspflicht bestimmend wirken. Die Haftung des Verkäufers wäre sonach nur bei grobfahrlässiger Pflichtverletzung überhaupt möglich[74].

Aus alledem ergibt sich, daß dem Schadensersatzanspruch aus c.i.c. die Verdrängung des Anfechtungsrechts nach § 119 II durch die Gewährleistungsvorschriften nicht entgegensteht. Die Verjährungsvorschrift des § 477 darf auch auf den Anspruch des c.i.c. angewandt werden, während § 460 2 nur den Sorgfaltsgrad bei der Offenbarungspflicht des Verkäufers beeinflussen kann.

Unserem Anspruch widersprechen schließlich auch die übrigen Gewährleistungsvorschriften nicht, die sich mit einem vorvertraglichen Verhalten befassen.

Daraus, daß § 476 die Freizeichnung von der Mängelhaftung nur bei Arglist für nichtig erklärt, darf man nicht folgern, daß Schadensersatzansprüche aus bloß fahrlässigem Verhalten beim Vertragsschluß nicht gegeben werden können[75]. Diese Folgerung wäre selbst dann nicht zulässig, wenn § 476 von der allgemeinen Vorschrift des § 276 II abwiche, wenn also die allgemeine Vorschrift die Freizeichnung auch bei Fahrlässigkeit für nichtig erklärte. Selbst wenn dies geschähe, dürfte man aus der "speziellen" Vorschrift des § 476 nicht die Unerheblichkeit des fahrlässigen Verhaltens schließen. So auch im griechischen Recht, wobei Art. 538 AK den gleichen Inhalt wie § 476 hat, während Art. 332 I im Gegensatz zu § 276 II lautet: "Jede im voraus getroffene Vereinbarung, welche die Haftung wegen Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit ausschließt oder beschränkt, ist nichtig". Doch darf aus diesem Grunde die c.i.c. (hier die leichte Fahrlässigkeit!) nicht als irrelevant betrachtet werden. Vielmehr sind Freizeichnung

---

74) Für die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit hat auch der BGH in LM § 463 Nr. 1 (Leitsatz), wenn auch ohne nähere Begründung, ausgesprochen. Dort heißt es: "c) War bei Abgabe der oben erwähnten Erklärung dem Verkäufer infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, daß ihm das Vorhandensein von Hausschwamm früher mitgeteilt worden war, so kann diese grobe Fahrlässigkeit als Verschulden beim Vertragsschluß gewertet werden. Dieses begründet aber - im Gegensatz zu dem arglistigen Verschweigen eines Mangels nach § 463 Satz 2 BGB - einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht, sondern nur einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens". Das Gericht sah sich jedoch der Entscheidung, inwieweit daraus Ansprüche aus c.i.c. neben den Gewährleistungsansprüchen gegeben sind, enthoben, weil der von der Klägerin geltend gemachte Schaden (Ausbesserungskosten, merkantiler Mindertwert usw.) das Erfüllungsinteresse betraf und nicht den Vertrauensschaden.

75) So aber vor allem RGRK § 459.39 (S. 183) u. § 276.94.

und Entstehungsgrund voneinander zu unterscheiden. Das beweist schon die Regelung des § 276. Daß § 276 II die Freizeichnung von der Haftung aus Fahrlässigkeit nicht ausschließt, bedeutet nicht, daß diese Haftung generell nicht besteht. Im Gegenteil! Sie ist nach § 276 I gegeben und soll nach § 276 II nur dann entfallen, wenn eben eine Freizeichnung vorliegt. Dies ist ja schon logisch erklärlich: eine Haftung muß bereits bestehen, damit sie durch Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Wollte man daher aus dem 2. Absatz des § 276 den generellen Ausschluß der Haftung aus Fahrlässigkeit folgern, so müßte man vom ersten Absatz ganz abgesehen, ihn sogar richtig durchstreichen! Daß § 276 ferner ein vertragliches Verschulden regelt, während § 476 nur ein Verschulden beim Vertragsschluß betrifft, spielt selbstverständlich hier keine Rolle; außerdem ist § 276 anerkanntermaßen auch auf das gesetzliche Schuldverhältnis der c.i.c. analog anwendbar. Im übrigen darf man dem § 476 (e contrario) auch eine positive Aussageform unterstellen: "Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängels der Sache erlassen oder beschränkt wird, ist gültig, wenn der Verkäufer den Mangel fahrlässig verschweigt". Diese Aussage deutet aber dann ganz klar selbst das Vorhandensein der fraglichen Haftung!

Ebenso schlägt das Argument, das Gesetz stelle dem Käufer die Möglichkeit einer Vereinbarung zugesicherter Eigenschaften i. S. des § 459 II zur Verfügung, so daß er auf Erklärungen des Verkäufers über die Beschaffenheit der Sache, die er nicht zusichern ließ, nicht zu vertrauen braucht[76], nicht durch. Diese Möglichkeit ähnelt der allgemeinen Möglichkeit des Käufers, eine selbständige Garantie zu vereinbaren, eine Garantie für einen nicht nur von Eigenschaften der Sache abhängigen Erfolg[77]; denn auch die Zusicherung i. S. des § 459 II ist eine Garantie, wenn auch nur für das Vorhandensein einer Eigenschaft[78]. Dennoch kann wegen der allgemeinen Möglichkeit die Haftung des Verkäufers aus Erklärungen, die sich nicht auf Eigenschaften beziehen, keinesfalls ausbleiben; das allgemeine Garantieversprechen läßt die Haftung aus c.i.c. eindeutig unberührt. Wollte man aber diese Haftung wegen der Möglichkeit der Vereinbarung einer Zusicherung, also einer "speziellen" Garantie ausschließen, so müßte man dies konsequent auch bei einer allgemeinen oder selbständigen Garantie tun. Zusicherung und selbständige

---

76) Vgl. Soergel-Ballerstedt Vor § 459.32.
77) Vgl. dazu statt aller Staud.-Ostler Vorbem. § 459.24; § 459.76-79.
78) Vgl. zu § 463 1, S. 52 m. Anm. 2, 3.

Garantie einerseits und c.i.c. andererseits rechtfertigen sich allerdings anders und befriedigen verschiedenartige Interessen des Käufers. Die Möglichkeit einer Garantie überhaupt (d. h. im Bereich der Gewährleistung wie allgemein) hebt die Notwendigkeit der c.i.c. keineswegs auf.

Bei modernen Autoren macht sich noch eine andere Betrachtungsweise bemerkbar. Medicus unterscheidet "zwischen zwei Arten von vorvertraglichen Angaben des Verkäufers über die Kaufsache: solchen, die Vertragsinhalt geworden sind, und solchen, deren Aufnahme in den Vertrag der Käufer nicht hat durchsetzen können. Angaben der ersten Art begründen eine Haftung aus dem Kaufvertrag selbst, ohne daß für einen Rückgriff auf c.i.c. Raum bliebe. Für Angaben der zweiten Art dagegen wird aus den §§ 459 ff. nicht gehaftet; dieses Ergebnis soll dann auch durch eine Haftung für c.i.c. nicht verschoben werden. Der Vertrag erscheint hier zutreffend als das Endgültige, das den bloß provisorischen Vorverhandlungen die rechtliche Bedeutung nimmt..."[79]. Der gleichen Ansicht ist auch Esser. Es sei zu unterscheiden, "ob die Erklärungen in den (wirksamen) Kaufvertrag eingegangen sind (z.B. in Form von Zusicherungen gem. §§ 459 II, 463, 480 II) oder sich darstellen als ein den Kaufvertrag begleitender Beratungsvertrag. Hier ist dann (jeweils in den Grenzen der genannten kaufrechtlichen Vorschriften) eine Haftung aus dem Kaufvertrag oder (bei schuldhaft falscher Raterteilung) aus dem Beratungsvertrag begründet - als Vertragsverletzung..."[80]. In diesem Sinne auch Ballerstedt: "Falsche Zusicherungen während der Verhandlung, die in den Vertrag selbst eingehen, stellen eine Verletzung des Vertrages oder ein Garantieversprechen, nicht ein vorvertragliches Verschulden dar"[81].

Aber auch diese Erwägungen halten einer Nachprüfung nicht stand. Es steht zunächst außer Zweifel, daß eine neben dem eigentlichen Kaufvertrag hergehende, selbständige vertragliche Verpflichtung zur Raterteilung ("Beratungsvertrag") begründet werden kann. Diese Verpflichtung muß aber, um eben eine vertragliche und keine "gesetzliche" aus c.i.c. zu sein, in den Parteiwillen aufgenommen, von dem Parteiwillen, gedeckt werden[82]. Das ist z. B. dann der Fall, wenn der Käufer um Beratung bittet[83] oder wenn - wie im Falle des BGH LM § 459 I BGB Nr. 5 -

---

79) Medicus, JuS 65, 209, 216 rechts.
80) Esser § 64 VI 4 a (S. 60).
81) Ballerstedt AcP 151, 501, 529.
82) So richtig auch Medicus, a.a.O., S. 209/210.
83) Vgl. Erman-Weitnauer Vor § 459.7b.

im Laufe der Vertragsverhandlungen besondere Versuche über die Brauchbarkeit der zu verkaufenden Sache stattfinden[84]. Die Raterteilung darf allerdings nicht als Gegenstand einer vorvertraglichen Vereinbarung dort angesehen werden, wo der Wille hierzu ganz fehlt oder dieser gar nicht zum Ausdruck kommt, dort also, wo von einer "Willenserklärung" nicht gesprochen werden kann. Dennoch darf auch in solchen Fällen insbesondere der nicht fachkundige Käufer auf Rat oder Empfehlungen des sachkundigen Verkäufers vertrauen. Da er nach Treu und Glauben und der Verkehrsauffassung davon ausgeht und ausgehen darf, daß die Kaufsache die normale oder vereinbarte Beschaffenheit besitzt, äußert er regelmäßig seinen Willen, zur Beratung nicht und braucht ihn regelmäßig auch nicht zu äußern. Sein Schadensersatzanspruch kann dann offensichtlich nicht aus einem Beratungsvertrag, sondern nur aus einer gesetzlichen (aus dem Vertrauensverhältnis der Vertragsverhandlungen stammenden) Beratungsverpflichtung des Verkäufers gerechtfertigt werden[85].

Unzweifelhaft ist sodann auch, daß Erklärungen des Verkäufers, die eine Zusicherung i. S. des § 459 II oder § 463 I darstellen, in den Kaufvertrag eingehen. Die Zusicherung wird zwar im Zeitpunkt des Kaufabschlusses abgegeben, sie besteht aber (nach § 459 II nur, nach § 463 I auch[86]) zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs, wobei die "zugesicherte" Eigenschaft jedenfalls vorhanden sein muß. Die in eine "Zusicherung" übergegangenen Erklärungen des Verkäufers gehen somit notwendig in den Vertrag selbst ein und gehören eindeutig zum Vertragsinhalt. Zwischen den Parteien wird ausdrücklich vereinbart, daß der Verkäufer eine "Garantie" dafür übernimmt, daß die Eigenschaft zur Zeit des Gefahrenübergangs vorliegt.

Ganz anders ist es aber bei der c.i.c. Die schuldhaft unterlassene oder unrichtige Erklärung des Verkäufers über Sachfehler beim Vertragsschluß können in keinem Fall Vertragsinhalt werden. Sie sind ausschließlich auf die Zeit des Abschlusses bezogen. Der Käufer soll hiermit nur von dem Stand der Sache zur Zeit des Kaufes ausgehen. Ein Berührungspunkt zu dem vertraglichen Bereich fehlt hier überhaupt. Das Verschulden bleibt ein typisches unvertragliches Verschulden, die Erklärungen typische vorvertragliche Erklärungen[87]. Geschehnisse nach dem

---

84) Medicus, a.a.O., S. 209, Anm. 4.
85) Vgl. Medicus, a.a.O.
86) Vgl. zu § 463 I S. 52 m. Anm. 2, 3.
87) Vgl. auch die Auseinandersetzung mit Dömpke, S. 22.

Kaufabschluß werden von der c.i.c. gar nicht erfaßt, sie sind für sie indifferent. Dagegen läßt sich auch vom Standpunkt der subjektiven, herrschenden Fehlertheorie nichts einwenden. Die Fehlerfreiheit der Sache bestimmt sich zwar nach der subjektiven Partnervereinbarung und gehört somit zu derem Inhalt; sie soll jedoch nach dieser Vereinbarung erst im kritischen Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bestehen. Die subjektive Fehlertheorie erfaßt somit nur die auf diesen Zeitpunkt bezogenen Erklärungen, keineswegs aber die c.i.c.

7. Unser Ergebnis darf nun folgendermaßen zusammengefaßt werden: Der Schadensersatzanspruch aus c.i.c. ist weder gänzlich anzunehmen noch uneingeschränkt abzulehnen. Für eine gänzliche Ablehnung sprechen weder § 463 2 selbst (Tatbestand, Rechtsgrund, Wirkung) noch Gesichtspunkte aus der Gewährleistungsregelung (Ausschluß des Anfechtungsrechts nach § 119 II, §§ 477, 460,2, 476, 459 II i. V. m. 463 1 u. a.). Die Einschränkungen sind dreierlei. Der Schadensersatzanspruch besteht zunächst nur bei grober Fahrlässigkeit des Käufers (arg. § 460 2). Er verjährt sodann nicht wie gewöhnlich in den Fristen der allgemeinen Vorschrift des § 179, sondern aus Verkehrssicherheitsgründen wie die Gewährleistungsansprüche innerhalb der kurzen Fristen des § 477. Schließlich bestimmt sich sein Umfang nach dem Prinzip der §§ 122, 179, 307, 309: Geht das negative Interesse über die Höhe des Erfüllungsinteresses hinaus, so kann es nicht geltend gemacht werden. Der über die Fehlerfreiheit der Kaufsache getäuschte Käufer darf nicht besser gestellt werden, als er stünde, wenn die Kaufsache fehlerfrei wäre und der Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Der Käufer wurde durch Verschulden des Verkäufers zu einem Kauf bestimmt, der nicht seinen berechtigten Vorstellungen entspricht. Diese Täuschung des Käufers ist nichts anderes als ein Irrtum i. S. des § 119 II, der ihm, wenn auch nicht mittels des Anfechtungsrechts nach § 119 II, sondern durch das ihm sehr nahe stehende Wandlungsrecht, jedenfalls zur Zerstörung des Vertrages berechtigt. Daraus ergibt sich, daß das in den genannten Vorschriften enthaltene Prinzip auch hier zum Zuge kommen darf und muß. Denn was dabei wichtig ist, ist nicht, welches Mittel der Käufer zur Vernichtung des Vertrages hat, sondern vornehmlich die rechtliche Möglichkeit dazu. Der Käufer darf keineswegs besser gestellt werden als er stünde, wenn er eben nicht geirrt hätte. Sonst würde man ihm Schadensersatzansprüche zubilligen, die sich - außerdem - auch nicht aus dem Vertrauensgedanken rechtfertigen ließen. Damit wird in der ganzen Problematik ein mittlerer Lösungsweg eingeschlagen, der sowohl dem § 403 2 als auch dem Geist der Gewährleistungsregelung gerecht wird.

Anhangsweise sei noch die Frage der sog. (mittelbaren) Begleit- oder Mangelfolgeschäden erörtert.

Man versteht darunter die Nachteile, die der Käufer infolge der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes an anderen Rechtsgütern, insbesondere an seiner Gesundheit und an seinem Eigentum, erleidet[88].

Unterläßt der Verkäufer beim Kaufabschluß aus Fahrlässigkeit, den Käufer auf die gefahrdrohende Beschaffenheit der Kaufsache hinzuweisen, und erleidet der Käufer infolgedessen beim Gebrauch der Sache einen Schaden an seiner Gesundheit oder an seinem Eigentum, so haftet der Verkäufer aus c.i.c.

Ob aber der Eintritt dieser Haftung vom § 463 2 verhindert wird, hängt davon ab, ob derartige Schäden in diese Vorschrift einzuordnen sind.

Wäre das der Fall[89], so hätte § 463 2 gegenüber dem sich auf dieselben Schäden beziehenden Ersatzanspruch aus c.i.c. unzweideutig ausschließende Wirkung. Denn wenn die Folgeschäden nur[90] unter den Voraussetzungen des § 463 2, also insbesondere nur bei Arglist des Verkäufers zu ersetzen wären, dann könnte ein Ersatzanspruch hierauf schon bei Fahrlässigkeit nicht gegeben sein. Sonst würden § 463 2 und c.i.c. bezüglich der Folgeschäden[91] unzulässigerweise zum

---

88) Vgl. z. B. Diederichsen AcP 165, 152.

89) So die wohl überwiegende Meinung des Schrifttums; Medicus JuS 65, 209, 215 ff.; ders. Festschr. f. Ed. Kern, S. 313, 317 ff.; Larenz, SchuldR. § 41 II c 3 (S. 53 f.), vgl. aber auch S. 62 f.; Heck, Schuldrecht, S. 274; Ennec.-Lehmann § 108 III 2 (S. 437); Plank-Siber § 251.2 aγ; Plank-Knoke § 463.4; Staud.-Ostler § 463.19, 24 a.E.; Soergel-Ballerstedt § 463.20; Erman-Weitnauer Vor § 459 IV 4 b; Hildebrand, Erklärungshaftung, S. 219 f. Vgl. auch Mot. II, S. 228; Prot. I, S. 688.

90) Die Einordnung in § 463 2 kann keinen anderen Sinn haben.

91) Hier handelt es sich doch nur um Folgeschäden! Daraus, daß das Erfüllungsinteresse nach § 463 2 das negative Interesse aus c.i.c. zuläßt, folgt keineswegs notwendig, daß auch die Folgeschäden, wenn sie unter den § 463 2 fallen, nach den Regeln der c.i.c. ersatzfähig sind. Das Verhältnis zwischen Erfüllungs- und negativem Interesse ist dynamisch (vgl. S. 26 ff.), während die Folgeschäden, gleich ob deren Ersatz nach § 463 2 oder aus c.i.c. geltend gemacht wird, sind immer die gleichen. Gestattet also § 463 2 deren Ersatz unter den milderen Voraussetzungen der c.i.c. nicht, so können sie gerade nicht unter diesen Voraussetzungen ersetzt werden, soll § 463 2 nicht mißachtet werden. Die Folgeschäden müssen andererseits wegen ihrer deliktischen Natur selbständig gegenüber dem rein rechtsgeschäftlichen Verhältnis des Erfüllungs- und negativen Interesses beurteilt werden. Die Frage deren Ersatzfähigkeit kann deshalb nicht von dem für sie (die Folgeschäden) ja rein zufälligen (!) Verhältnis zwischen Erfüllung- und negativem Interesse abhängig gemacht werden.

gleichen Ergebnis führen[92]. Aus dem gleichen Grunde käme dann neben § 463 2 auch nicht das Deliktsrecht (§ 823 I) d. h. bei bloßer Fahrlässigkeit des Verkäufers[93], zur Anwendung[94].

Diese Konsequenz wäre allerdings höchst unbillig. Der Verkäufer sollte nicht nur dann haften, wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit der Sache kennt und sie "arglistig" verschweigt, sondern auch, wenn er sie bei der nötigen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, zumal solche mit der Sache verbundenen Risiken zumeist nur aus seiner Sphäre heraus voll zu erkennen sind[95]. Wenn den Verkäufer eine Haftung für Fahrlässigkeit dann trifft, wenn er auf Gefahren hinzuweisen unterläßt, die mit dem Gebrauch einer fehlerlosen Sache verbunden sind, warum sollte er milder haften, wenn sich die Gefahr erst aus einer fehlerhaften Sache ergibt. Der Verkäufer haftet ferner danach, wenn er fahrlässig unterläßt, über den Fehler als solchen aufzuklären; soll aber seine Fahrlässigkeit unbeachtlich bleiben, wenn der Fehler gleichzeitig gefährliche Eigenschaften aufweist? Mit Recht spricht man hier von einem unerträglichen Wertungswiderspruch[96]. Dieser Widerspruch läßt sich jedoch nicht aufheben, wenn man die Folgeschäden in die Regel des § 463 2 einbezieht. So würde man sich der Gefahr aussetzen, von einem "Wertungs-" in einen "gesetzlichen" Widerspruch zu verfallen! Beide Widersprüche kann man nur vermeiden, wenn man die Folgeschäden aus dem Haftungsrahmen des § 463 2 sondert und sie in die "c.i.c." (bzw. "positive Vertragsverletzung") einbezieht[97].

Diese Einordnung gelingt ohne Schwierigkeiten, wenn man auf das Verhältnis zwischen der Pflichtverletzung, aus der die Folgeschäden entspringen, und dem Tatbestand des § 463 2 abstellt. Die Folgeschäden stellen die Verletzung der sog.

---

92) So mit Recht Medicus JuS 65, 217 unter e; von hier aus prüft er als widerspruchsvoll die Ansicht, daß die Liquidierung der Folgeschäden sowohl nach § 463 2 als auch aus c.i.c. möglich sei (so besond. Larenz, a.a.O., S. 53 f., 62 f.); vgl. aber auch unten Anm. 96.

93) Die besondere Vorschrift des § 463 2 würde insofern auch den ihr entsprechenden deliktischen Tatbestand erfassen. Anwendbare blieben dann nur §§ 826, 823 II i. V. m. 263 StrGB.

94) Medicus widerspricht sich selbst, wenn er, auf diesen Gedanken abstellend, (JuS 65, 217 unter e) die c.i.c. ablehnt, das Deliktsrecht aber annimmt (Festschr. f. Kern, S. 327 ff., 330).

95) Vgl. Thiele JZ 67, 656 rechts.

96) So Larenz, a.a.O., S. 62, gegen Medicus, der aber von seinem Ausgangspunkt aus (vgl. oben Anm. 92) die c.i.c. verneint.

Schutz- oder Erhaltungspflicht dar, die dazu bestimmt ist, die sorgsame Behandlung von Gesundheit und Eigentum der Gegenpartei zu gewährleisten. Diese Pflicht steht in keinerlei Beziehung zum arglistigen Verschweigen oder zur Gewährleistungspflicht des § 463 2.

Zunächst bezieht sich das arglistige Verschweigen ausschließlich auf die Offenbarungspflicht. Die Arglist des Verkäufers ist darauf gerichtet, den Käufer zum Abschluß des Vertrages zu veranlassen[98]. Sie erstreckt sich regelmäßig nicht auf die Herbeiführung von Folgeschäden[99]. Wenn es ausnahmsweise geschieht, so handelt es sich einfach um Verletzung der grundverschiedenen Schutzpflicht. Beide Pflichten berühren sich nicht. Während die Offenbarungspflicht die Sorge für die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit des Partners zum Inhalt hat (dieser soll nämlich über alle Tatsachen aufgeklärt werden, welche für seine Entschließung hinsichtlich des beabsichtigten Vertrages bedeutsam sind), soll ihn die Schutzpflicht vor Schäden an seiner Gesundheit und seinem Eigentum bewahren. Während die Offenbarungspflicht erst mit dem Beginn der Vertragsverhandlungen entsteht und sich auf das Vertrauen des Partners gründet, ist der Tatbestand der Schutzpflicht bereits gegeben, sobald ein Kontakt von Rechtsgütern zu sozial adäquaten Zwecken eintritt. Wenn nun die Schutzpflicht auch durch Unterlassung verletzt werden kann, so heißt das nicht, daß sie ihren selbständigen Charakter verliert und in eine Offenbarungspflicht "verwandelt". Die Haftungstatbestände bleiben dabei stets unterschiedlich. Die Unterlassung als solche, d. h. als Handlungsform, ist noch kein Tatbestand. Den Tatbestand gibt erst der Inhalt der Handlung, der Unterlassung. Dieser ist aber hier verschieden. Die Unterlassung eines Hinweises auf einen für den rechtsgeschäftlichen Entschluß des Käufers wichtigen Fehler ist etwas ganz anderes als die Unterlassung eines Hinweises auf eine gefährliche Eigenschaft der Sache. Im ersten Fall ist die unterlassene Tatsache von rechtsgeschäftlicher, im letzten von deliktischer Natur. Einmal wird das rechtsgeschäftliche (negative) Vertrauensinteresse geschützt, einmal das Erhaltungsinteresse.

---

97) So der Standpunkt der neueren Rechtsprechung; BGH LM § 459 Abs. I BGB Nr. 5; NJW 62, 908; NJW 65, 532; OLG Köln, Vers. R. 64, 541; OLG Celle, DB 66, 457. (Zur früheren Respr. vgl. Diederichsen AcP 165, 150, 157). Von der Lehre: schon Staub, Die positiven Vertragsverletzungen (I. Auflage 1904), 481 ff. und Leonhard, Verschulden S. 56 sowie die in Not. 2 Zitierten; nun auch Pieper JuS 62, 459, 462; Esser § 64 VI 4 (S. 58 ff.); Fikentscher § 70 III 4c (S. 393); besond. aber Thiele JZ 67, 649, 655 ff.

Beide Interessen bzw. die geschützten Rechtsgüter sind dabei selbständig. Man kann nicht einwenden: Hätte der Verkäufer auf den Fehler rechtzeitig hingewiesen, so hätte sich der Käufer auf den Vertrag nicht eingelassen und damit auch keine Folgeschäden erlitten; ein besonderer Hinweis auf den schädigenden Fehler sei somit nicht nötig. Das wäre falsch. Denn einmal könnte der Käufer einen Schaden an seiner Gesundheit oder an seinem Eigentum bereit erleiden, sobald ein Kontakt der Rechtsgüter eingetreten wäre. Die Schutzpflicht ist also soweit nicht entbehrlich. Daß nun der Käufer nach der Ablehnung des Vertrages keinen Folgeschaden erleiden kann, ist nicht Folge der Erfüllung der Offenbarungsplficht, sondern ausschließlich dessen, daß mit der Ablehnung des Vertrages der Kontakt aufhört. Kommt aber ein solcher Kontakt in Frage, wie etwa dann, wenn der Käufer bei Kenntnis des Fehlers den Vertrag nicht ablehnt, sondern ihn mit minderem Preis geschlossen hat, so zeigt sich deutlich, daß sich beide Pflichten verschieden auswirken. Hätte der Verkäufer über den Fehler aufgeklärt, über dessen gefährliche Eigenschaft aber verschwiegen, so hätte der Käufer trotz Erfüllung der Offenbarungspflicht, aber infolge Verletzung der Schutzpflicht einen Folgeschaden erleiden können. In diesen Fällen wäre ein Anspruch aus § 463 2 selbstverständlich nicht gegeben. Sollen aber deswegen die Folgeschäden dem Käufer zur Last fallen? Offenbarungs- und Schutzpflicht beruhen nicht nur auf verschiedenen Tatbeständen und verschiedener Haftungsgrundlage, sondern sie wirken sich auch anders aus. In den Begriff des arglistigen Verschweigens des § 463 2 kann also nicht auch die Schutzpflicht einbezogen werden.

Daß die Schutzpflicht auch mit der Gewährleistungshaftung nichts zu tun hat, ist fast selbstverständlich. Die Gewährleistung stellt keine Verschuldenshaftung dar und dient ausschließlich dem - rein rechtsgeschäftlichen - sog. Äquivalenzinteresse (§462), das an sich nicht einmal Schadensersatzanspruch ist; den Ersatzanspruch begründet sie nur in Verbindung mit der - ebenso rechtsgeschäftlichen - Aufklärungspflicht. Die mangelhafte Lieferung ist ferner ganz anders als die Lieferung einer gefahrbringenden Sache. Gefahren können sich auch aus einer mangellosen Sache ergeben; die mangelhafte Sache braucht andererseits keine gefährlichen

---

98) "...das Zustandekommen des Vertrages nicht zu gefährden", RG LZ 28, 971.
99) Thiele, a.a.O., S. 656, Not. 82, der zutreffend noch auf Beweisschwierigkeiten hinweist.

Eigenschaften aufzuweisen. Der Verkäufer hat für die mangelhafte Lieferung als solche einzustehen, gleichgültig, ob mit dieser auch Risiken für weitere Schäden verbunden sind oder nicht. Soll die gelieferte Sache schädigende Eigenschaften besitzen, so trifft den Verkäufer auf Grund der Gewährleistungshaftung keine besondere Pflicht, über diese Situation, und zwar erst (!) im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, aufzuklären. Diese Verpflichtung ist ihm bereits im früheren Stadium auferlegt. Der Kauf als solcher begründet keine Pflicht zur Fürsorge für die Person des Partners[100]. Im Kaufvertrag - wie in jedem Vertrag überhaupt[101] - beschließen die Parteien nur die Entstehung rechtsgeschäftlicher Pflichten. An deliktische, also an bereits bestehende Pflichten denkt niemand. Man hält sie für selbstverständlich.

Liegt also die Ursache unserer Schäden in keinem Tatbestandteil des § 463 2, so können sie auch nicht unter der Perspektive dieser Vorschrift ersetzt werden. § 463 2 denkt somit nur das reine Erfüllungsinteresse.

Beide Schadensersatzbereiche (Schadensersatz wegen Nichterfüllung" - "Mangelfolgeschäden") lassen sich auch klar voneinander abgrenzen. Vom "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" sind diejenigen Schäden auszunehmen, die durch Gebrauch oder Verwendung der Kaufsache an anderen, dritten Sachen des Käufers entstehen (mittelbare "Mangelfolgeschäden"). Entstehen die Schäden dagegen an der Kaufsache selbst in der Weise, daß sie die Kaufsache unbrauchbar, wertlos oder minderwertig machen, dann gehören sie zweifelhaft zum "Schadensersatz wegen Nichterfüllung"[102] [103] und können daher nur unter den Voraussetzungen des § 463 2 ersetzt verlangt werden.

Das Ergebnis aus dieser Unterscheidung hat Medicus[104] als widersprüchlich und befremdlich bezeichnet. Denn sie führe dazu, dem Käufer weiter entfernte

---

100) So schon Plank-Siber Vorbem. zu §§ 275 bis 292 I, 4 c (S. 194); vgl. auch Stoll, Leistungsstörungen, S. 27.

101) Vgl. darüber, wenn auch in anderem Zusammenhang, insbes. Baumert, a.a.O., S. 59 ff.

102) Der "S.w.N." geht selbstverständlich weiter. Er umfaßt etwa auch den (durch die Nichterfüllung) entgangenen Gewinn, aber auch die Vertragskosten (RG Recht 12 Nr. 1594; Esser, a.a.O., S. 47).

103) So richtig z. B. BGH NJW 65, 532; OLG Celle Betrieb 66, 457; OLG Köln VersR 64, 541; Erman-Weitnauer Vor § 459 IV 4 b; Thiele, a.a.O., S. 657 links.

104) JuS 65, 215 f.; ders. Festschr. f. Kern, S. 331, Not. 63; ders. Bürgl. Recht § 15 V 2 c.

Schäden ("mittelbare" Mangelfolgeschäden) eher (schon bei Fahrlässigkeit, c.i.c.) ersetzt werden als kausal nähere ("unmittelbare") Schäden (nur bei Arglist, § 463 2). Das hält Medicus für einen Verstoß gegen die Wertungsgrundlage der Äquivalenztheorie (die ja entfernte Schäden eher vom Ersatz ausschließe).

Dieser Einwand erklärt sich daraus, daß man dabei den Grund beider Schadensarten im Tatbestand der mangelhaften Lieferung sieht. Denn dann müßten doch alle durch die Verletzung der Gewährleistungspflicht in adäquatkausaler Weise verursachte Schäden unter den gleichen Voraussetzungen, also nur bei Arglist, ersetzt werden; mittelbare und unmittelbare Schäden fielen dann unter den § 463 2[105]. Dieser Ausgangspunkt ist aber nach den vorangegangenen Ausführungen abwegig. Die mittelbaren Schäden gründen sich ausschließlich auf die vor dem Vertragsschluß stattgefundene Schutzpflichtverletzung. Schäden, die sich auf das Leistungsobjekt selbst beziehen, stammen dagegen aus der Verletzung der Gewährleistungspflicht, die immer nur auf die Kaufsache selbst, ihren Minderwert und ihren Gebrauchsverlust sowie die mit der Abwicklung des Kaufes selbst verbundenen Nachteile abstellt.Der Ersatz mittelbarer und unmittelbarer Schäden Schäden beruht auf jeweils verschiedenen Anspruchsgrundlagen, Zurechnungsgehalten und Schutzzwecken. Die Ansprüche können deshalb nicht unter den genannten Aspekten als in sich widersprüchliche Einheit gesehen werden[106]. Geht man daher von zwei verschiedenen Schadensursachen aus und wendet die Adäquanztheorie entsprechend an, so kommt man doch zu keinem seltsamen Ergebnis.

Das gleiche gilt auch für das Verhältnis des Vertragsrechts zum Deliktsrecht. Nimmt man - wie Medicus[107] selbst - an, daß der Ersatz von Mangelfolgeschäden (außer nach §§ 826, 823 II i. V. m. 263 StrGB) auch nach § 823 I verlangt werden kann, so entsteht wiederum das Phänomen, daß ein kausal näherer Schaden nur bei Arglist (§ 463 2), während ein kausal fernerer schon bei Fahrläs-

---

105) Auch Larenz, a.a.O., S. 53 f., knüpft die unmittelbaren Schäden an die mangelhafte Lieferung an und will daher diese Schäden wegen des Grundsatzes der Kausalität insofern nicht vom § 463 2 wegdenken.
106) Thiele, a.a.O., S. 657.
107) Vgl. oben, Anm. 94.

sigkeit (§ 823 I) ausgeglichen wird[108]. Das ist aber eigentlich kein Paradoxon, will man die Kausalkette jeweils an den richtigen Entstehungsgrund des Schadens binden.

Mittelbare Folgeschäden und Schäden, die der Kaufsache unmittelbar anhaften, stehen somit selbständig nebeneinander und sind nur nach ihren eigenen Grundlagen (c.i.c. und unerlaubte Handlung einerseits, § 463 2 andererseits) zu ersetzen.

Der angebliche Widerspruch wird aber in der Sache schon gar gegenstandlos, wenn man zunächst daran denkt, daß die mit der Kaufsache selbst verbundenen Verluste nicht nur nach § 463 2, sondern schon nach § 462, also auch bei Fehlen jeglicher Schuld des Verkäufers ausgeglichen werden können. Die Kaufsache kann nämlich hier infolge des Mangels entweder minderwertig oder ganz wertlos oder unbrauchbar werden. Der Käufer kann dann - je nachdem - den Minderungs- oder Wandlungsanspruch nach § 462 erheben. Derartige Mangelschäden beeinträchtigen nicht nur sein (rechtsgeschäftliches) Interesse an der fehlerfreien Erfüllung (§ 463), sondern auch das sog. Äquivalenzverhältnis, worauf die ädilizischen Rechte (§ 462) aufbauen. Hat sich die Kaufsache als minderwertig oder wertlos erwiesen, so besteht das von den Parteien angenommene Gleichwertverhältnis zwischen der Kaufsache und dem vereinbarten Kaufpreis zu ungunsten des Käufers nicht. Er kann daher eine Angleichung des Kaufpreises an das bestehende Wertverhältnis (Minderung) verlangen oder sich von dem Vertrag lösen. Dem Käufer steht aber hier darüber hinaus noch ein weiteres Recht zu. Er kann nämlich auch das (rechtsgeschäftliche) Vertrauensinteresse (negatives Interesse) geltend machen, wenn er den Kaufvertrag nur deswegen abschließt, weil er vom Verkäufer von der Fehlerhaftigkeit der Sache schuldhaft nicht informiert wurde. Hier sind dann die typischen Folgen der Verletzung der Offenbarungspflicht im Spiele. Können also die unmittelbaren Mangelschäden schon, und zwar auch nach den Grundsätzen der c.i.c. selbst, wenn auch nur unter dem besonderen Spektrum der

---

108) Vgl. Thiele, a.a.O. Diese Unklarheit kann nicht durch den Hinweis entkräftet werden, der deliktisch geschützte Güterbestand genießt nach den Wertungen des Gesetzes besonderen Schutz (so Medicus gegen Thiele, a.a.O.). Denn wollte § 463 2 in seiner Rechtsfolge auch diese deliktischen Schäden erfassen, so wollte er in seinem Tatbestand notwendig auch die subjektiven Voraussetzungen, deren Ersatzfähigkeit (mit) bestimmen; § 463 2 müßte insofern dem Deliktsrecht gegenüber als "besondere" Vorschrift aufgefaßt werden (vgl. auch oben Anm. 93).

(rechtsgeschäftlichen) Offenbarungspflicht, ersetzt werden, so kommt der angemeldete "Widerspruch" gar nicht in Betracht.

Die nicht rechtsgeschäftliche Natur der Mangelfolgeschäden erfordert schließlich auch eine entsprechende Behandlung der Mitverschuldens- sowie der Verjährungsfrage.

So dürfte zunächst bei beiderseitigem Verschulden nicht die Vorschrift des § 460 2 angewendet werden, die wohl nur zum Ausgleich von rein rechtsgeschäftlichen Interessen bestimmt ist. Der Interessenlage entspricht hier besser die Anwendung der mehr billigeren und sachgerechten allgemeinen Regeln des § 254.

Schwieriger erscheint die Lösung des Verjährungsproblems. Die dreißigjährige Verjährungsfrist des § 195[109] paßt hier kaum, weil sie die Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Vorliegens von Mängeln und das Interesse des Verkäufers außer Acht läßt, möglichst bald über seine Verpflichtungen Klarheit zu gewinnen[110]. Wollte man andererseits § 477 analog anwenden[111], so würde der Käufer in den nicht seltenen Fällen schutzlos bleiben, in denen der Mangel vor Eintritt des Schadens für ihn nicht erkennbar ist, der Schaden aber erst nach Ablauf der Fristen des § 477 eintritt[112]. Deshalb wird es vorgeschlagen, § 477 nur mit der Maßgabe analog anzuwenden, daß die Frist hinsichtlich des Mangelfolgeschadens erst mit dem ersten Eintritt eines solchen Schadens beginnt[113]. Diese Ansicht dürfte jedoch jeder gesetzlichen Grundlage entbehren und wäre wohl nur als gesetzgeberischer Vorschlag erwägenswert. In § 477 wird der Zeitpunkt des Beginns der Verjährung ausdrücklich festgelegt. Die Verjährung soll mit der Ablieferung (bei beweglichen Sachen) oder mit der Übergabe (bei Grundstücken) beginnen. Voraussetzung des Beginns der Verjährung ist nicht die Kenntnis des Mangels, sondern nur die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme, die vom Gesetz in der Besitzerlangung gesehen wird[114]. Auch wenn der Untersuchung der Ware trotz der Besitzerlangung Hindernisse entgegenstanden, gilt also keine Ausnahme[115]. Das wird

---

109) So die Rspr. für die Folgeschäden beim Werkvertrag; vgl. RGZ 62, 121; 64, 43; 66, 16; 71, 175; 115, 125; BGH NJW 69, 838.

110) Vgl. Medicus, Festschr. f. Kern, S. 326 (wenn auch nur für die Verjährung im Werkvertrag).

111) So die Rspr.; RGZ 59, 200; 117, 315; 129, 280; BGHZ 47, 312, 319; LM Nr. 7 zu § 477; ferner Soergel-Ballerstedt § 477.6; Erman-Weitnauer Vor § 459.6.

112) So richtig Larenz, SchuldR. § 53 II b (S. 230/I) i. V. m. § 41 II e (S. 60, Anm. 2).

113) So Larenz, a.a.O.

114) Ennec.-Lehmann § 111 II 1.

115) Mot. II, S. 239; RG Warn 11 Nr. 369; BGH NJW 61, 730; Ennec.-Lehmann, a.a.O.; Palandt-Putzo § 477.2.

vor allem praktisch bei sog. heimlichen Mängeln vorkommen, die erst nach Ablauf der Verjährungsfrist entdeckt werden, wie z. B. Hausschwamm[116]. Das bedeutet also, daß die angegebene Unbilligkeit auch bei den Gewährleistungsansprüchen selbst entstehen kann. Trotzdem kann eine Korrektur des § 477 niemals deshalb in Rede kommen. Ist es so, so fragt sich nun, warum man das Gesetz - ausnahmsweise - beim Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden verlassen könnte. Wollte man diesen Anspruch von dem Gewährleistungsrecht nicht entbinden und darauf auch die Verjährungsvorschrift anwenden, so müßte man auch an den Konsequenzen festhalten, welche sich unmittelbar aus dem Gesetz selbst ergeben. Die Verjährungsvorschrift des § 477 ist aber vor allem schon an sich für diesen Anspruch ungeeignet. Sie bezweckt gerade die rasche Abwicklung des Geschäfts als solches. Hier handelt es sich aber nicht darum, sondern um Ersatz der - nur anläßlich des Geschäfts eingetretenen - deliktischen Folgeschäden. Geht man davon aus, so hat man die Verjährungsfrist nur in anderen gesetzlichen Möglichkeiten, also entweder in der Vorschrift des § 195 oder in der des § 852 zu suchen. Dürfte dann die Frist des § 195 doch als allzu lang erscheinen, so müßte man - der inneren Natur des Anspruchs entsprechend - § 852 gelten lassen.

---

116) Ennec.-Lehmann, a.a.O., die hier lediglich auf die Ausnahme des § 377 II HGB hinweisen.

b) Verhältnis zu § 463 I

Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandlung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, § 463 I. Das Gesetz geht hier von dem allgemeinen Gedanken aus, daß nach Verkehrsgrundsätzen jeder, der eine Zusicherung erteilt, auch uneingeschränkt für deren Inhalt einzustehen hat[1]. Als Zusicherung ist nicht jede bei Gelegenheit von Vertragsverhandlungen abgegebene Erklärung, nicht jedes dictum des Verkäufers gemeint, sondern nur die, welche vom Käufer als vertragsmäßige verlangt, vom Verkäufer in vertragsmäßiger bindender Weise abgegeben wurde, mit dem Inhalt, daß der Verkäufer die Garantie für das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft übernimmt. Die Zusicherung im Sinne des § 463 I ist also eine Garantie dafür, daß die fragliche Eigenschaft zur Zeit des Kaufes vorliegt[2]. Ist die zugesicherte, d. h. nun garantierte Eigenschaft, in diesem Zeitpunkt - aber auch noch zur Zeit des Gefahrübergangs[3] - nicht vorhanden, so kann der Verkäufer nicht bloß auf Wandlund oder Minderung, sondern gem. § 463 I wegen Nichterfüllung auf vollen Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Der Grund dieser Haftung liegt somit geradezu in der Garantieübernahme des Verkäufers, nicht also in einem etwa zu vermutenden Verschulden des Verkäufers hinsichtlich der Kenntnis des Fehlens der Eigenschaft[4]. Die Zusicherung wird nicht als

---

1) Vgl. Prot. I, S. 688.

2) Allgemein anerkannt; vgl. etwa Mot. II, S. 228; RGRK-Kuhn § 459.25 und § 463.4; Staud.-Ostler § 463.18; Larenz § 41 II c 1; Diederichsen AcP 165, 159. Zum Begriff der Zusicherung i. S. des § 459 II, vgl. nächst. Anm.

3) Die übrigen Voraussetzungen der Mängelhaftung müssen jedenfalls vorliegen, h. L. z. B. Ennec.-Lehmann § 108 II Ib; Staud.-Ostler § 463.3; Palandt-Putzo § 463.1; vgl. auch S.15. - Streitig ist, ob die Zusicherung nach § 459 II wie in § 463 I zu verstehen ist (so die h.M. z.B. RGRK-Kuhn § 459.25 und die dort zitierten Entscheidungen des RG und BGH), oder ob hierfür die ernsthafte einseitige Angabe über das Dasein von Eigenschaften genügt, auf die der Käufer nach Treu und Glauben sich verläßt (so Haymann in RG-Festschr. III, 317 ff., Leonhard, Besond. SchuldR. S. 51 ff. und Oertmann §§ 459.1, 4 und 5). Dürfte man mit der h.M. in der Zusicherung nach § 459 II eine Garantie erblicken, so müßte die Garantie auch bei § 463 I auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs - wie im Text - bezogen werden.

4) Abweichend meint Süß (Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung, S. 87), daß die Zusicherung stets ein Verschulden voraussetze. Wer eine Eigenschaft zusichere, begehe zum mindesten eine Fahrlässigkeit, wenn in diesem Augenblick die Eigenschaft nicht vorhanden, d.h. wenn er sich nicht versichere, ob sie zu diesem Zeitpunkt vorhanden. Diese Meinung trifft nicht zu. Der Verkäufer kann auch bei Anwendung äußerster Sorgfalt das Fehlen der Eigenschaft nicht immer erkennen, z.B. dann, wenn er nicht sachkundig ist, und braucht auch nicht immer sich darüber zu versichern, weil ihm im allgemeinen keine Untersuchungspflicht obliegt. Die Haftung ist eben keine Verschuldens-, sondern eine Garantiehaftung.

Verletzung der Pflichten aus dem vorvertraglichen Verhandlungsverhältnis behandelt, sondern als eigenständige Garantie für das Vorhandensein der Eigenschaft zur Zeit des Kaufes und des Gefahrübergangs. § 463 I ist daher kein Fall der Haftung des Verschuldens beim Vertragsabschluß[5].

Diese Vorschrift vermag deshalb als solche die Haftung für c.i.c. nicht auszuschließen. Garantie und Verschulden beim Vertragsabschluß beruhen auf verschiedenen Gedanken und erstreben verschiedene Zwecke[6].

Die Konkurrenz kann hier - gleich wie bei § 463 2 - nur elektiv sein. Beruft sich der Käufer auf die Zusicherung selbst, so hat er nur eine einzige Möglichkeit: das Erfüllungsinteresse geltend zu machen. Nur diese Rechtsfolge ist mit der Garantie verbunden, nur hierfür hat der Verkäufer die Garantie übernommen. Für das negative Interesse bleibt dann kein Raum. Dieses kann der Käufer nur verlangen, wenn er sich auf die - neben der Zusicherung möglicherweise bestehende - c.i.c. des Verkäufers stützt[7].

Der Schadensersatzanspruch aus c.i.c. muß aber auch hier mit den bei § 463 2 erwähnten Einschränkungen angenommen werden. Diese ergeben sich aus allgemeinen Gesichtspunkten oder dem Geist der Gewährleistungsregelung und gelten deshalb ebensogut auch hier[8] [9].

---

5) h. L.; z. B. RGRK-Kuhn § 463 2 (anders aber dieser Komm. in der 9. Aufl.); Soergel-Ballerstedt Vor § 459.20.

6) Vgl. auch zu § 463 2, S. 39 f.

7) So doch auch bei § 463 2. Erfüllungs- und negatives Interesse stehen dem Käufer nur wahlweise zu - je nach dem, ob er sich auf den Tatbestand des § 463 2 (Arglist und mangelhafte Erfüllung) oder auf die c.i.c. beruft.

8) Als wenigstens unklar erscheint nach alledem die oft vertretene Ansicht (z. B. Plum JW 35, 1328, 1330), hier bestehe kein Bedürfnis zur Annahme der Haftung aus c.i.c., weil die Zusicherung unter allen Umständen verpflichtet.

9) Die Frage nach Einordnung der Mangelfolgeschäden entsteht auch hier. Man nimmt an, es komme im einzelnen auf die Auslegung der Zusicherungserklärung an (die Ansicht ist von Diederichsen, a.a.O., S. 159 ff. begründet; dieser hat sich neulich auch der BGH, BGHZ 50, 200, 204, angeschlossen). Dies ist grundsätzlich richtig. Doch ist bei der Auslegung der Zusicherung Vorsicht geboten. Was der Verkäufer regelmäßig zusichern will, ist nur das, was der Käufer aus dem Kaufe (bewußt!) erwartet. Dessen Erwartungen beziehen sich regelmäßig nur auf die Lieferung eines vertragsmäßigen Gegenstandes und auf dessen Gebrauchstauglichkeit. Aber tatsächlich zumeist nicht auch auf seine Gefahrlosigkeit. Diese läßt sich der Käufer deshalb nur selten zusichern. Insoweit handelt es sich um ganz elementare Erwartungen, die dem Käufer entweder gar nicht erst bewußt werden oder deren Erfüllung er doch für so selbstverständlich hält, daß er darüber keine besonderen Vereinbarungen herbeiführt (Thiele, a.a.O., S. 656). So deckt der Verpflichtungswille meist die Folgeschäden nicht. Bei der Auslegung der Zusicherungserklärung wäre es deshalb besser davon auszugehen, daß regelmäßig die Zusicherung am Interesse an ordnungsmäßiger Erfüllung ihre Grenze findet (ähnlich Fikentscher § 70 III 2d).

c) Verhältnis zu § 462

Die Anspruchsgrundlage der c.i.c. kann grundsätzlich auch neben und zur Ergänzung des "reinen" Gewährleistungstatbestandes treten.

Nach § 459 hat der Verkäufer einen zur Zeit des Gefahrenüberganges vorhandenen Mangel ohne Rücksicht darauf zu vertreten, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Dann hat der Käufer nach § 462 wahlweise den Anspruch auf Wandlung oder Minderung. Ohne Zweifel beziehen sich diese Rechte in ihrem Tatbestand ausschließlich auf den Vertrag selbst, sie erstrecken sich nicht - wie der Anspruch nach § 463 2 - auf den vorvertraglichen Bereich. Ihr Haftungsgrund kann daher nur im Vertrag liegen[1]. Wenn sich nun das Verschulden beim Vertragsschluß auf einen zur Wandlung oder Minderung berechtigenden Umstand, d. h. auf einen Mangel[2] der Sache bezieht, so können diese Rechte den allgemeinen Anspruch aus c.i.c. nicht verdrängen. Daß dieser Anspruch ein weitergehender Anspruch ist[3], ist ohne Bedeutung. Die Rechte des § 462 setzen einen schwächeren Tatbestand, d. h. nur die schuldlose schlechte Lieferung voraus; ist ein strengerer Tatbestand, das Verschulden beim Vertragsschluß, gegeben, so darf die Rechtsfolge weitergehen als die an den schwächeren Tatbestand geknüpfte. § 462 befaßt sich mit dem allgemeinen (strengeren) Tatbestand überhaupt nicht. Kommt er in Betracht, so kann diese Vorschrift die sich aus ihm ergebende (strengere) Rechtsfolge nicht ausschließen.

Gegen die grundsätzliche Annahme der allgemeinen Haftung können nun auch nicht aus der Sicht der Gewährleistungshaftung Zweifel belegt werden. Das darf schon als geklärt gelten[4].

Dessen ungeachtet sind die bei § 463 2 angeführten Gesichtspunkte auch hier, und zwar im gleichen Maße wie dort, bedeutsam. Der Vertrauensschaden muß zunächst auf die Höhe des Erfüllungsinteresses beschränkt werden. Er ist sodann nur bei

---

1) Auf das nähere Wesen dieser Ansprüche ist hier nicht einzugehen; vgl. etwa Blomeyer AcP 151, 97.

2) Kommt ein Mangel nicht in Frage, so greift das allgemeine Prinzip unbeschränkt Platz.

3) Weder der Wandlungs- (vgl. z. B. Staud.-Ostler § 467.5) noch der Minderungsanspruch (RG JW 09, 191; 31, 3270) stellt einen Schadensersatzanspruch dar. Der Wandlungsanspruch geht ausschließlich auf die "Rückgängigmachung des Kaufes" (§ 462), d. i. die Beseitigung seiner Folge, die Rückzahlung des schon bezahlten Kaufpreises gegen Rücknahme der Sache, sowie auf Ersatz von Vertragskosten (§ 467, vgl. ferner § 488 für den Viehkauf); der Minderungsanspruch auf die "Herabsetzung des Kaufpreises" (§ 462) nach Maßgabe des § 472. Zur näheren Abgrenzung vgl. unten im Text.

4) Vgl. dazu zu § 463 2, S. 31 ff.

grober Fahrlässigkeit des Verkäufers ersetzbar und scheidet aus, wenn gleiches Verschulden auf Seiten des Käufers vorliegt. Der Anspruch verjährt letztlich nach § 477. Der Grundgedanke der §§ 122, 179, 307, 309[5] sowie die Wertungen der §§ 460 2[6] und 477[7] müssen selbstverständlich auch bei § 462 beachtet werden.

Im Gegensatz zu § 463 2 können aber hier beide Anspruchsbereiche auch zur kumulativen Anwendung kommen[8]. Der Käufer kann sich sowohl auf den Gewährleistungstatbestand als auch auf die c.i.c. berufen und aus c.i.c. zusätzlich gerade das verlangen, was er durch den Wandlungs- oder Minderungsanspruch nicht erreichen kann. Das ist zulässig. Unzulässig ist hier nur die kumulative Geltendmachung des Erfüllungsinteresses nach § 463. Erfüllungsinteresse und Rechte aus § 462 werden nur alternativ (§ 463: "statt")[9] gewährt. Das beruht auch darauf, daß das Erfüllungsinteresse in eine ganz andere Richtung geht als die Rechte des § 462[10]. Ädilizische Rechte und negatives Interesse bewegen sich dagegen auf die gleiche Zielrichtung hin und begegnen sich immer in einem Mindestergebnis[11].

Problematisch ist nur noch die Abgrenzung der konkurrierenden Ansprüche hinsichtlich ihren Inhalts. Angesichts der Verschuldensfrage ist der Fall praktisch wichtig. Es ist dabei noch ungewiß, welche Aufwendungen des Käufers mit der Wandlungsklage geltend gemacht werden können. Beim Minderungsanspruch ist es einfach. Aufwendungen gehören nur insoweit in die Minderungsberechnung, als sie für die Feststellung des Verkaufswertes der fehlerhaften Sache in Betracht kommen[12]. Weitere Aufwendungen können nur aus c.i.c. oder mit der Wandlungsklage ersetzt verlangt werden.

Will der Käufer wandeln, so kann er zuerst gem. § 467 2 Ersatz von Vertragskosten verlangen. Hierunter sind sowohl die Kosten des Kaufvertrages als auch der Auflassung einschließlich der Stempel- und Umsatzsteuern zu verstehen[13]. Dazu gehören auch die Telegrammgebühren der endgültigen Bestellung[14] sowie die

---

5) Vgl. oben S. 30 f. und 42.
6) Vgl. S. 37.
7) Vgl. S. 36.
8) Ebenso Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 220, Anm. 283.
9) Vgl. oben S. 15, Anm. 11.
10) Das gilt auch für den Minderungsanspruch selbst; vgl. die Berechnungsfrage oben S. 28 f.
11) Vgl. auch die parallele Frage der Konkurrenz mit dem Rücktrittsrecht, zu §§ 433 f., 440, S. 71.
12) RG Recht 08 Nr. 3575.
13) Staud.-Ostler § 467.38; Plank-Knoke § 467.2c.
14) OLG Celle 22, 230.

Kosten der Bevollmächtigung eines Dritten, der namens des Käufers den Kauf abschließt[15]. Für die Wandlung wie für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht gelten ferner die Vorschriften des gutgläbigen Besitzers (§ 467 1 i. V. m. §§ 347, 994). Danach sind zuerst die Erhaltungskosten nach Maßgabe des § 994 I 2 zu ersetzen und unter diesem Gesichtspunkt auch das Lagergeld und die Aufbewahrungskosten (vgl. noch § 354 HGB), sowie die Feuerversicherungsbeiträge[16]. In Betracht kommen noch die auf die Kaufsache gemachten notwendigen Aufwendungen, soweit sie den Interessen und dem wirklichen oder maßgeblichen Willen des Verkäufers entsprochen haben (§ 994 II i. V. m. § 683)[17]. Schließlich auch die Kosten der Rückgängigmachung des Vertrages und damit auch die Kosten der Untersuchung des Mangels[18].

Man hat aber behauptet, daß der Verkäufer auch für diejenigen Kosten aufzukommen habe, die der Käufer zum Zwecke der Erfüllung des Vertrages habe machen müssen, also insbesondere für Transport- und Montagekosten, sowie Fracht-, Anfuhr- oder Auf- und Abladekosten[19]. Dies werde mit den "grundlegenden Prinzip" der Wandlung begründet, der darin bestehe, daß durch die Wandlung in erster Reihe der Erwerber in die Lage gebracht werden solle, als hätte er sich auf den Vertrag nicht eingelassen[20]. Diese Ansicht ist nicht richtig. Wäre dies das "grundlegende Prinzip" der Wandlung[21], so hätte der Käufer ein volles Recht auf Schadensersatz, namentlich auf das negative Interesse[22], wobei § 467 ganz überflüssig wäre. Will man das Grundprinzip der Wandlung so unterstellen, so muß man nicht nur die in Erfüllung des Vertrages gemachten Kosten als erstattungsfähig anerkennen, sondern auch die in seiner Vorbereitung (z. B. Reisekosten), kurz, sämtliche Auslagen, die (nur) aus Anlaß des Kaufes gemacht sind; nur dann könnte die Lage in den Stand ohne den Kauf zurückversetzt werden (vgl. § 249). Eine solche Annahme widerspräche jedoch sowohl dem Wortlaut des Gesetzes, der nur von gewissen Kosten (§ 467) spricht, als auch den aus dem ursprünglichen Charakter der Wandlung eben als Gewährleistungspflicht sich ergebenden rechtspolitischen Forderungen. Der Verkäufer darf nicht, gerade weil er schuldlos ist, über Gebühr belastet werden. Oft trifft es ihn genug, daß der Kauf wieder

---

15) OLG Kiel 10, 176.
16) SeuffA 68, Nr. 393.
17) Vgl. LZ 08, 302[26]; HoldhMSchr. 09, 135.
18) Plank-Knoke § 467.2 c; HGB Würdingen § 377.71.
19) So Staud.-Ostler § 467.34.
20) Staud.-Ostler, a.a.O.; noch Rdn. 24.
21) Dagegen mit Recht Plank-Knoke § 467.2 b.
22) So schon Leonhard, Verschulden S. 40.

zurückgeht. Gar keine Veranlassung liegt vor, ihm noch obendrein Kosten aufzubürden. Wenn das Gesetz gerade nur die Vertragskosten nennt (§ 467 2) und den Käufer übrigens auf das Rücktrittsrecht verweist (§ 467 1), so geschieht es doch nur deshalb, weil diese die einzigen sind, die ersetzt werden sollen[23]. Alle anderen können nur bei Schuld des Verkäufers zurückverlangt werden, also nur aus dem Gesichtspunkt der c.i.c. (bzw. p.V.V.)[24].

23) Ebenso Leonhard, a.a.O.; vgl. auch RGZ 52, 18.
24) "Mangelfolgeschäden" falle unter diese Vorschrift sicher nicht; z. B. Plank-Knoke § 462.2 c; Hildebrandt, a.a.O.

d) Verhältnis zu § 480

Dem § 463 entspricht im Gattungskauf § 480 II. Eine Besonderheit liegt hier nur darin, daß der Mangel nicht - wie bei § 363 - bereits bei Kaufabschluß, sondern erst bei Gefahrübergang vorhanden sein muß. Diese Abweichung erachten die Motive[1] deshalb für geboten, weil bei dem Vertrag über die Gattungssache die Bestimmung des zu leistenden Stückes nicht mit dem Vertragsschluß, sondern mit dem Übergang der Gefahr zusammenfällt. Dementsprechend ist auch nur in diesem Augenblick ein arglistiges Verschweigen von Mängeln denkbar[2]. Ebenso aber liegt es in der rechtlichen Natur des Gattungskaufs, daß ebenso wie die Arglist auch eine Fahrlässigkeit hinsichtlich eines bestimmten Sachmangels nur bei Gefahrenübergang möglich ist. Ein Verschulden dabei kann sonach nur Erfüllungsverschulden sein[3]. Ein schuldhaftes Verschweigen von Mängeln vor Gefahrenübergang ist nur denkbar, wenn diese Mängel der ganzen Gattung anhaften. Dann nämlich ist, obschon ein Gattungskauf vorliegt, nur noch eine Lieferung einer mangelhaften Sache möglich. Die Sachlage ist also dieselbe wie bei Abschluß eines Kaufvertrages über eine mangelhafte Speziessache. Es dürfte daher kein Anlaß vorliegen, den Zeitpunkt des Verschuldens hier anders zu wählen, als beim Spezieskauf. Wenn also hier Arglist bei Kaufabschluß vorliegt, kommt es nicht mehr auf die Arglist bei Gefahrübergang an[4]; der Schadensersatzanspruch nach § 463 2 kommt dann unzweifelhaft in Betracht[5]. Liegt bloße Fahrlässigkeit vor, so kann daneben auch ein Anspruch aus c.i.c. auf das negative Interesse treten. Es zeigt sich aber, daß dieser einzige Fall, in dem ein Verschulden vor Gefahrübergang möglich ist, eigentlich gar nicht in das Gebiet des Gattungskaufs gehört[6].

---

1) II, S. 234.
2) Die Zusicherung von Eigenschaften kann allerdings auch bei Vertragsschluß erfolgt sein, da sie sich auf die Zeit des Gefahrübergangs mit erstreckt.
3) Da auch der Irrtum des Käufers nicht schon bei Abgabe der Erklärung, sondern erst in späterem Zeitpunkt auftritt, ist auch § 119 II nicht anwendbar; so richtig RGZ 70, 423, 429; zust. auch Erman-Westermann § 119.12 (S. 134).
4) Ebenso Steinberg, Die Haftung für c.i.c., S. 128, Anm. 497.
5) Richtig befürwortet also auch das RG (DRW 41, 265) die Anwendung des § 463 für Gattungssachen, wenn die ganze Gattung mangelhaft ist, vgl. auch Staud.-Ostler § 480.38.
6) Steinberg, a.a.O. - Das gleiche gilt, wenn der Gattungskauf vor dem Gefahrübergang spezialisiert ist; dann ist § 480 nicht anwendbar; Oertmann § 480.I.

Allerdings lassen sich Fälle denken, in denen auch bei Gattungskäufen das Verschulden nur im Stadium des Vertragsschlusses liegt[7]. Die Ablieferung (einer Gattungssache) vollzieht sich so eilig, daß eine nochmalige Prüfung (bei Gefahrübergang) nicht möglich ist[8]. Offenbar liegt hier eine Gesetzeslücke vor. Wie soll sie ausgefüllt werden? Der Fall bietet kaum Schwierigkeiten. Hätte das Gesetz an den früheren Zeitpunkt, also den vorvertraglichen Tatbestand gedacht, so hätte es wahrscheinlich die gleiche Regelung wie in § 463 2 getroffen. So ist wiederum zwischen Arglist und Fahrlässigkeit zu unterscheiden. Demgemäß muß der arglistige Verkäufer auf das volle Erfüllungsinteresse haften, der fahrlässige, wenn auch nur in beschränkten Maße wie bei § 463 2[9], nur auf das Vertrauensinteresse. Der letztere Anspruch steht dann dem Käufer neben dem anderen wie auch den Ansprüchen aus § 480 I[10] zu.

Unbeschadet dieser Ausnahmefälle, kann bei § 480 regelmäßig nur ein Anspruch aus "positiver Vertragsverletzung" gegeben sein[11].

---

7) Das RG (WarnR 1912 Nr. 159) sagt vorsichtiger, daß das Verschweigen des Fehlers regelmäßig erst bei Lieferung vorkommt; so auch Staud.-Ostler § 480.40.

8) Beispiel von Leonhard, Allg. SchuldR., S. 458.

9) Vgl. dort bes. S. 42.

10) Die Rechtslage ändert nicht die Tatsache, daß § 480 I die Mängelrechte um den Anspruch auf Lieferung einer mangelhaften Sache (sog. Nachlieferungsanspruch) erweitert. Dadurch kann der allgemeine Anspruch natürlich ebenso wenig gehindert werden wie durch die Wandlung oder Minderung.

11) Die Konkurrenz dabei wird von der h.M. grundsätzlich bejaht; z. B. Blomeyer, Rechts- und Sachmängelhaftung, S. 48; Staud.-Ostler Vorbem. § 459.20 bb; Oertmann § 480.c; RGRK-Kuhn § 480.4, 11.

e) Verhältnis zu § 460

Verdrängt (und wieweit) § 460 die Haftung des Käufers wegen culpa in contrahendo bzw. Verletzung der Offenbarungspflicht?

I. Die Vertretungspflicht des Verkäufers findet gem. § 460 1 ihre Grenze darin, daß der Käufer den Mangel "bei dem Abschlusse des Kaufes" kennt. Diese Regelung beruht auf dem Grundgedanken, daß der Käufer, der den Mangel kennt[1], aber trotzdem den Vertrag schließt, auf die Mängelrechte insoweit verzichtet oder den Mangel auf sich nehmen will[2]. Der Käufer muß sonach bei dem Vertrag, den er trotz Kenntnis des Mangels eben geschlossen hat, bleiben, ohne die Mängelrechte zu haben. Das gilt selbst dann, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat oder wenn er die Abwesenheit des Fehlers oder eine besondere Eigenschaft i. S. des § 459 II zugesichert hat. Die Kenntnis des Käufers schließt die rechtliche Erheblichkeit sowohl des arglistigen Verschweigens[3] als auch der Zusicherung[3] schlechthin aus[4]. Unter solchen Umständen kann es dabei eine Offenbarungspflicht des Käufers in Hinsicht auf die ihm bekannten Mängel nicht in Betracht kommen. Eine solche Pflicht sollte den Verkäufer nur von einem für ihn nachteiligen Geschäft oder vor den Mängelansprüchen des Käufers schützen, was hier gerade nicht der Fall ist. Zudem wäre diese Pflicht im Falle des arglistigen Verschweigens sowie in manchen Fällen der Zusicherung[5] sinnlos, da der Verkäufer den Mangel schon kennt[6].

---

1) Es wird positive Kenntnis des Fehlers oder des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft verlangt; RG Gruch.B. 50, 368; RGZ 149, 402. (Auf Einzelheiten ist nicht einzugehen).

2) Es handelt sich um den gleichen Gedanken bei der entsprechenden Regelung im Rechtemängelrecht (§ 439); vgl. Staud.-Ostler § 460.1; noch unten S. 73.

3) RGZ 55, 210, 214.

4) Hat der Verkäufer die Pflicht zur Herstellung eines bestimmten Zustandes übernommen, so handelt es sich nicht um einen Fall der Gewährleistung, sondern um eine Nebenverpflichtung aus dem Kaufvertrag, auf die § 460 ohnehin nicht anwendbar ist; Soergel-Ballerstedt § 460.6; vgl. Blomeyer, Rechts- und Sachmängelhaftung, S. 40 unten; Staud.-Ostler § 460.8; dazu eingehend Oertmann § 460.4a (Man kauft ein Haus, dessen schadhaftes Dach der Verkäufer dabei auszubessern verspricht).

5) Aber nicht immer! D. h. nicht dann, wenn der Verkäufer bei der Abgabe der Zusicherung den Mangel nicht kennt. Vgl. unten im Text S. 61.

6) Dies gilt auch für den oben (Anm. 4) angeführten Fall.

Die Haftung des Verkäufers entfällt gem. § 460 2 aber auch dann, wenn dem Käufer der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit (beim Vertragsschluß) unbekannt geblieben ist. Hiernach wird die grobe Fahrlässigkeit der Kenntnis des Käufers für den Ausschluß der Mängelrechte gleichgestellt. Doch ist der Grund ein anderer als bei § 460 1. Das Gesetz hat hier der im Rechtsverkehr geltenden Regel Rechnung getragen, daß der Käufer aufpassen soll[7]. Es legt ihm dabei die Last auf, die Augen offen zu halten, um den Mangel zu erkennen. Läßt er die dabei gebotene Sorgfalt ("grob fahrlässig") außer Acht, so bleibt er an den Vertrag gebunden.

Andererseits führt die grobe Fahrlässigkeit des Käufers gem. § 460 2 nur dann zum Verlust der Mängelrechte, wenn nicht eine Zusicherung[8] über Abwesenheit des Fehlers oder Vorhandensein der Eigenschaft vorliegt oder wenn der Mangel[9] arglistig verschwiegen wurde. Denn auf eine Zusicherung darf sich der Käufer verlassen[10] und mit einem arglistigen Verhalten des Verkäufers braucht er nicht zu rechnen[11]. Eine Offenbarungspflicht des Käufers ist nun im Fall des arglistigen Verschweigens des Verkäufers stets und im Fall der Zusicherung insoweit, als der Verkäufer den Mangel bei Abgabe der Zusicherung schon kennt, unvorstellbar.

II. 1. Nun taucht bei § 460 2 im Falle der Zusicherung folgende Frage auf: Kann der Verkäufer, wenn er im Zeitpunkt der Zusicherung den Mangel weder kannte noch kennen konnte oder mußte[12] dem Schadensersatzanspruch des Käufers aus § 463 I[13] entgegenhalten, der Käufer habe schuldhaft unterlassen, die ihm

---

7) Mot. II, S. 226.
8) i. S. des § 459 II. Die Zusicherung der Abwesenheit eines Fehlers steht i. S. des § 459 der Zusicherung einer Eigenschaft gleich; RGZ 101, 69; Erman-Weitnauer § 460.3c und § 459 II 4a; vgl. auch Staud.-Ostler § 460.12.
9) D. h. nur Fehler i. S. des § 459 I; vgl. oben S. 16.
10) Er darf sogar im allgemeinen auf Angaben des Verkäufers vertrauen, selbst wenn es sich nicht um Zusicherungen i. S. des § 459 II handelt; RGZ LZ 1911, 60; Staud.-Ostler § 460.12; Soergel-Ballerstedt § 460.7.
11) Vgl. Soergel-Ballerstedt § 460.9.
12) D. h., wenn bei der Zusicherung dem Verkäufer kein Verschulden zur Last fällt.
13) Nicht aus § 463 2!

bekanntgewordenen Zweifel an der Mangelfreiheit der Kaufsache nach der Abgabe der Zusicherung[14] bis zur Zeit der Annahme[15] mitzuteilen, deren Kenntnis ihn dazu bestimmen würde, das Erforderliche zu veranlassen, um die vertragsmäßige Veräußerung dennoch zu ermöglichen? Kann dann der Verkäufer gem. § 254 das Erlöschen oder eine Minderung der Klageforderung geltend machen?

Die Zusicherung des Verkäufers enthält dessen Versprechen, für die Folgen einstehen zu wollen, wenn der fragliche Fehler vorliegt oder die versprochene Eigenschaft fehlt, Garantieversprechen[16]. Auf dieses Versprechen darf sich der Käufer verlassen. Wäre es nicht gegeben, so müßte er sich um die Kenntnis des Mangels kümmern, damit er nicht zu einem nachteiligen Kauf kommt. Nunmehr kann er aber auf die Abwesenheit des Fehlers oder das Vorhandensein der Eigenschaft ohne eigene Nachprüfung vertrauen. Er braucht keinerlei besondere Sorgfalt zu beobachten, um den Mangel zu entdecken. Das Gesetz nimmt dem Käufer diese Last ab. Das gilt selbst dann, wenn dem Käufer die Beschaffenheit der Sache Bedenken erregt. Er braucht auch dann nicht die Sache nachzuprüfen, um sich darüber zu vergewissern. Sollte z. B. der sachkundige Käufer ohne die Zusicherung das Haus besichtigen, um feuchte Stellen auf Schwammverdacht zu untersuchen[17], so trifft ihn nach der Zusicherung diese Last nicht mehr. Die Zusicherung schließt die rechtliche Erheblichkeit der auf den Mangel bezogenen "groben" Unachtsamkeit des Käufers schlechthin aus.

Dies alles ist unzweifelhaft und sinnvoll: Denn die Offenbarungspflicht hat mit dem ganzen Vorgang der "Kenntnis" des Mangels nichts zu tun. Sie bezieht sich eben nicht auf Mängel, die der Käufer ohne die Zusicherung bei Vermeidung grober Fahrlässigkeit hätte erkennen können, sondern ausschließlich auf die ihm schon bekanntgewordenen Zweifel an der Mangelhaftigkeit der Sache. Nun erhebt sich die Frage, ob der Käufer nicht auf solche Zweifel hinweisen müßte. Nach der Zusicherung braucht der sachkundige Käufer das Haus nicht zu besichtigen, um auf Schwammverdacht zu untersuchen. Soll er aber auch nicht den Verdacht als

---

14) Über den Zeitpunkt vor deren Abgabe vgl. unten (unter b).
15) Die Pflicht nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses interessiert hier nicht.
16) Vgl. zu § 463 1, S. 52.
17) RG Soergel Rspr. 1914 § 460; vgl. RGZ 131, 353.

solchen äußern? Offenbar ist hier die Interessenlage verschieden. Während sich die mit der Kenntnis des Mangels verbundene Sorgfalt (grobe Fahrlässigkeit) des Käufers auf sein eigenes Interesse bezieht - sie ist eben keine eigentliche Pflicht, sondern nur eine Last -, soll die Offenbarungspflicht das Interesse des Verkäufers schützen. Ihre Grundlage ist daher eine andere. Das Gesetz hat diesen Fall in seiner Besonderheit nicht gesehen und daher auch nicht geregelt. Insoweit weist es eine Lücke auf. Es fragt sich also, nach welchen Maßstäben sie auszufüllen ist.

Man mag zunächst von einer Bewertung der Interessenlage nach dem Prinzip von Treu und Glauben ausgehen. Es scheint im allgemeinen redlicher Denkweise zu widersprechen, den sich aus der vertragswidrigen Erfüllung ergebenden Schaden allein dem einen schuldlosen Verkäufer zuzurechnen[18], wenn ihn der Käufer durch einen bloßen Hinweis abwenden konnte. Sind bei dem Käufer Zweifel an der Mangelfreiheit der Sache aufgetreten, so muß er sich mit der Wahrscheinlichkeit rechnen, daß die Erfüllung des in Aussicht genommenen Vertrages nicht ordnungsgemäß erfolgt. Während dann der Käufer kein berechtigtes Vertrauen auf das Versprechen des Verkäufers haben kann, hat umgekehrt der Verkäufer ein gewichtiges Interesse daran, von solchen Zweifeln, die seinem Erkenntnisbereich entgehen mußten, aufgeklärt zu werden. Das "Vertrauendürfen" des Käufers auf das Versprechen des anderen kann sich sinngemäß nur auf sein mit der Kenntnis des Mangels verbundenes Verhalten beziehen. Ist bei ihm gerade ein Mißtrauen aufgetreten, so muß sich sein Verhalten nun nach der neuen Situation richten. Er muß wiederum aufpassen, aber jetzt nicht in seinem eigenen Interesse, sondern im Interesse des Partners. Unterläßt er die fragliche Mitteilung schuldhaft und nimmt er den Verkäufer auf Schadensersatz in Anspruch, so könnte es sogar als mißbräuchliche Rechtsausübung angesehen werden. Denn der Käufer darf sich nicht mit der unbedingten Haftung des Verkäufers zufriedengeben. Vielmehr muß er nach Treu und Glauben und den Anforderungen des redlichen Verkehrs seine Zweifel dem anderen Teil mitteilen. Steht daher fest, daß der Verkäufer bei gehöriger Offenbarung ordnungsgemäß erfüllt hätte, so bestünden unter diesen Umständen keine Bedenken, die Anwendung des § 254 als gerecht und billig zu bejahen.

Diese Auffassung läßt jedoch die durch die Zusicherung entstehende konkrete

---

18) In aller Regel wird der Verkäufer freilich nicht ohne Schuld sein.

Situation unberücksichtigt. Eine nähere Betrachtung der Interessenlage zwingt zu einer grundsätzlich anderen Beurteilung.

Man hat auch hier wieder davon auszugehen, daß die Zusicherung des Verkäufers die grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers ausschließt. Selbst der grob fahrlässige Käufer darf sich auf die Zusicherung verlassen. Hat der Käufer gewichtige Zweifel an der Mangelfreiheit der Kaufsache, so braucht er angesichts der Zusicherung nicht mehr die Sache nachzuprüfen, um sich darüber zu vergewissern. Durch die Zusicherung wird ihm diese Last abgenommen. Die Untersuchungslast verschiebt sich nun notwendig auf die Seite des Verkäufers. Nur der Verkäufer, der die Garantie für die Abwesenheit des Fehlers übernimmt, muß sich vor der Abgabe der Garantie darüber vergewissern, ob der Leistungsgegenstand mangelfrei ist oder sein wird. Damit hat sich allein der Verkäufer um die mangelfreie Erfüllung zu sorgen. Er hat somit auch allein für die aus einer mangelhaften Erfüllung resultierenden Schäden aufzukommen. Hat der Käufer Bedenken gegen die Mangelfreiheit der Sache, so braucht er nach der Zusicherung auch nicht mehr seine Bedenken mitzuteilen. Denn er darf ja gerade davon ausgehen, daß der Verkäufer durch die Zusicherung allein die Verantwortung für die vertragsmäßige Erfüllung übernimmt. Er selbst braucht sich keine Sorgen darüber zu machen, ob der Verkäufer seinen durch die Zusicherung übernommenen Verpflichtungen nachkommt oder nicht. Der Verkäufer darf auf der anderen Seite nicht entgegenhalten, der aus der vertragswidrigen Erfüllung entstandene Schaden sei zum Teil oder überwiegend auf das Verhalten des Käufers zurückzuführen; wäre er von den Bedenken des Käufers rechtzeitig informiert gewesen, so hätte er die fraglichen Mängel noch aufheben und die vertragsmäßige Erfüllung doch herbeiführen können. Eine derartige Pflicht des Käufers läßt sich mit dem Sinn und Zweck der Zusicherung nicht vereinbaren. Sichert der Verkäufer die vertragsmäßige Erfüllung zu, so will er damit - jedenfalls regelmäßig - gerade die Bedenken, das Maßtrauen des Käufers dabei zerstreuen. Die Zusicherung erklärt sich gerade aus den bei den Käufer schon bestehenden oder möglicherweise noch entstehenden Zweifeln. Die Zweifel des Käufers sind eben der reale Grund für die Abgabe der Zusicherung. Es liegt im Wesen der Zusicherung, daß sie ein Vertrauensklima, eine Beruhigung bei dem Geschäftspartner schaffen soll. Die ursprünglichen Zweifel des Käufers sollen nach der Zusicherung rechtlich bedeutungslos werden, der Käufer soll sich auf die Zusicherung verlassen dürfen. Er braucht nun weder auf seine Zweifel zu untersuchen noch diese Zweifel mitzuteilen. Sind sie einmal durch die Zusicherung

irrelevant geworden, so können sie nicht mehr Quelle eines wirksamen Haftungstatbestands werden. Auf die so irrelevant gewordenen Zweifel kann deshalb auch keine Offenbarungspflicht gestützt werden. Zusicherung des Verkäufers und Offenbarungspflicht des Käufers schließen sich aus. Bei einer solchen Sach- und Rechtslage bleibt daher für einen Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben und mitwirkendem Verschulden kein Raum.

2. Wird die fragliche Offenbarungspflicht schon vor der Abgabe der Zusicherung verletzt und der Verkäufer infolgedessen zur Abgabe der Zusicherung selbst bewogen, so können die allgemeinen Grundsätze gleichfalls nicht zur Anwendung kommen. Hat der Käufer schon von Anfang an Zweifel an der Mangelfreiheit der Sache, so darf er sich eben zusichern lassen. Beim Verlangen des Käufers nach Zusicherung werden seine Zweifel geradezu angemeldet oder wenigstens zum Erkennen gegeben. Von Verletzung einer Offenbarungspflicht kann insoweit nicht geredet werden.

Der Regelung des § 460 2 kann daher keine Offenbarungspflicht entnommen werden. Die grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers, worauf eine solche Pflicht gestützt werden sollte, wird durch die Zusicherung schlechthin unerheblich. Die Verantwortung für die vertragsmäßige Erfüllung soll allein der zugesicherte Verkäufer tragen. Die Anwendung des § 254 ist hier nicht angebracht[19].

III. In § 460 ist nicht der Fall geregelt, daß der Käufer beim Kaufabschluß den Mangel nur infolge leichter Fahrlässigkeit nicht gekannt hat. Doch läßt sich die Rechtsfolge dabei schon diesem Paragraph entnehmen, und zwar per arg. e contrario: Weil die Gewährrechte nur bei Kenntnis und (grundsätzlich) bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Mangels nicht eingreifen, müssen sie bei leichtfahrlässiger Unkenntnis dem Käufer zugelassen werden[20].

Diese Rechte stehen dem leicht fahrlässigen Käufer auch uneingeschränkt zu. § 254 ist gleichfalls nicht anwendbar. Eine Offenbarungspflicht in dem oben dargelegten Sinne wird sogar hier aus grundsätzlicheren Gründen ausgeschlossen. Die im behandelten Fall der groben Fahrlässigkeit des Käufers entstehende Problematik, die auf dem ersten Blick eine Offenbarungspflicht des Käufers nicht auszuschließen schein, taucht hier gar nicht auf. Dort fragt sich vor allem, ob

---

19) Die Frage wurde in BGH LM Nr. 3 zu § 439 BGB dahingestellt. Wie hier OLG Düsseldorf NJW 52, 1177; Palandt-Putzo § 463.4b; Medicus JuS 65, 209, 214. Anders jedoch Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung, S. 220.

20) Vgl. Mot. II, S. 226.

der grob fahrlässige Käufer trotz der Zusicherung des Verkäufers auf bestehende Zweifel über die Mangelfreiheit der Sache hinweisen muß, um damit die vertragsmäßige Erfüllung zu ermöglichen - "trotz" der Zusicherung deswegen, weil sie jede rechtliche Erheblichkeit der groben Fahrlässigkeit des Käufers ausschließt und dadurch seine Mängelansprüche weiter bestehen läßt. Diese Zusicherung hat aber hier mit der leichten Fahrlässigkeit des Käufers nichts zu tun. Wäre sie nicht gegeben, so hätte der grob fahrlässige Käufer seine Mängelansprüche nicht, der leicht fahrlässige aber doch. Die Zusicherung schließt nur diejenige Sorgfaltspflicht des Käufers aus, die vor der Zusicherung bestanden hat oder ohne sie bestanden hätte. Die leichte Fahrlässigkeit wird von ihr nicht berührt; denn der leicht fahrlässige Käufer hätte die Mängelansprüche auch ohne Zusicherung. Leichtes Verschulden ist im voraus entschuldbar und wird geradezu der Schuldlosigkeit gleichgestellt. Die Grenze der Sorgfalt des Käufers liegt nach § 460 2 nur in der groben Fahrlässigkeit. Nur aus dieser Verschuldensebene darf deshalb seine Verantwortlichkeit geschöpft werden. Dem leicht fahrlässigen Käufer[21] kann somit keine Mitteilungspflicht zugemutet werden.

Das gleiche gilt auch dann, wenn die Unterlassung der fraglichen Mitteilung selbst die Abgabe der Zusicherung oder das Zustandekommen des Vertrages zur Folge hat. Die klare Entscheidung des § 460 2, der leichten Fahrlässigkeit des Käufers keine rechtliche Bedeutung beizumessen, darf nicht durch sachfremde Erwägung entwertet werden. Sie verdient vor jedem anderen Gedanken[22] eindeutig den Vorrang[23].

---

21) Bei dem Käufer, der den Mangel nur aus leichter Fahrlässigkeit nicht kennt, können jedenfalls nur geringere Zweifel über die Mangelfreiheit der Sache auftreten. Hätte er starke Zweifel, so müßte er regelmäßig - von dem Fall der Zusicherung abgesehen - alles mögliche vornehmen, um den Mangel zu entdecken. Starke Zweifel bedeuten regelmäßig grobe Fahrlässigkeit.

22) Erman z. B. will eine Analogie zu §§ 119, 122 sehen: Man verschuldet es, daß der Vertrag so zustande kam, wie er einem nicht zumutbar ist, darf ihn daher auflösen, muß aber dann, weil man schuldhaft keinen verläßlichen Vertrag abgeschlossen hat, das Vertrauensinteresse leisten (AcP 139, 273, 299/300). Dieser Richtung auch SüB, a.a.O., S. 221; vgl. auch Staud.-Ostler § 460.II.

23) Vgl. auch OLG Düsseldorf NJW 55, 1177, das aber zu Unrecht nicht zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit unterscheidet.

f) Verhältnis zu §§ 433 f., 440

Ein "Rechtsmangel" liegt dann vor, wenn der Verkäufer infolge mangelhafter Berechtigung dem Käufer weniger am Recht verschafft, als er nach dem Vertrage, insbesondere nach §§ 433, 434, zu verschaffen verpflichtet ist. Er hat die Pflicht, "das Eigentum an der Sache zu verschaffen" (§ 433 I 1) und zwar "frei von Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können" (§ 434) - sei es von dinglichen Rechten Dritter, sei es von solchen obligatorischen, die auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften (etwa §§ 571.I, 581 II) auch gegen den Käufer wirksam sind[1]. Der Verkäufer hat derartige Rechte Dritter zu beseitigen, etwa für die Zustimmung des Eigentümers zur Übereignung an den Verkäufer zu sorgen oder dessen Recht sonstwie ablösen[2]. Diese sog. Rechtsverschaffungspflicht ist keine bloße Gewährleistungspflicht, wonach der Verkäufer für einen bestimmten Zustand lediglich einzustehen hat - wie man bei der Sachmängelhaftung beim Stückkauf annimmt[3] -, sondern eine Erfüllungspflicht, die dem Verkäufer zur Verschaffung lastenfreien Eigentums verpflichtet[4].

Nun stellt ein und dasselbe Verhalten des Verkäufers einen Fall sowohl der culpa in contrahendo als auch der Rechtsmängelhaftung dar, wenn der Verkäufer im Augenblick der Eingehung seiner Verpflichtung weiß oder wissen muß, daß er zur Erfüllung seiner Rechtsverschaffungspflicht unvermögend[5] ist, und verschweigt es - oder darüber unrichtige Angaben macht -, obwohl er annehmen muß, daß eine Aufklärung darüber für den Entschluß des Käufers zum Eingehen des Vertrages von Bedeutung ist.

---

1) Vgl. RGZ 88, 103.
2) Blomeyer, Rechts- u. Sachmängelhaftung, S. 36.
3) z. B. Blomeyer, a.a.O.; Ennec.-Lehmann § 108 I, Larenz, SchuldR. § 41 II e; Esser § 64 I; vgl. vor allem Schollmeyer, Jher.Jb. 49, 93 und Süß, a.a.O.; anders vor allem Korintenberg, Die Beschaffenheit der Spezies als Element des Rechtsgeschäfts, 1948, ders. Justizbl. f. OLG Köln, 1947; RGRK-Kuhn § 459.3.
4) Allg. M.; z. B. Blomeyer, a.a.O., S. 35; Ennec.-Lehmann § 106.3.
5) Damit sind die Fälle der anfänglichen Unmöglichkeit und nachträglichen Unmöglichkeit oder nachträglichen Unvermögens auszuscheiden. - Rechtsmängel sind fast immer behebbar. Deshalb kann die rechtsmangelfreie Erfüllung kaum jemals objektiv unmöglich sein. Wenn objektive Unmöglichkeit gegeben sein sollte (so etwa bei Verkauf einer res extra commercium), so richten sich die Folgen bei anfänglicher Unmöglichkeit nach §§ 306 f., bei nachträglicher nach §§ 323 ff., (vgl. Erman-Weitnauer § 440 II 2).

Indessen verringert sich dabei die praktische Bedeutung des Konkurrenzproblems erheblich dadurch, daß mit den Rechtsmängelrechten dem Käufer grundsätzlich schon genügend gedient ist. Ihm steht zunächst der Erfüllungsanspruch zu: er kann auf lastenfreies Eigentum gegen den Verkäufer klagen und, wenn sich der Dritte abfinden läßt, auch vollstrecken (§§ 887 I ZPO). Erfüllt der Verkäufer seine Pflicht nicht - vermag er den Mangel nicht zu beseitigen oder kommt er mit der Beseitigung in Verzug -, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach §§ 320 bis 327 (§ 440 I)[6], also nach den allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung gegenseitiger Verträge. Danach kann er insbesondere Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlagen oder vom Vertrage zurücktreten (§§ 325, 326)[7]. Diese Rechte stehen

---

6) Zwar bezieht sich § 440 I durch die darin enthaltene Verweisung auf §§ 323 ff. unmittelbar nur auf das nachträgliche Unvermögen (und Unmöglichkeit). Jedoch Jedoch ist es im Anschluß an die h. M. (z. B. RGZ 69, 355, 357; Ennec.-Lehmann § 107 I;Soergel-Ballerstedt § 440.1) anzunehmen, daß diese Rechtsfolge auch im Fall des anfänglichen Unvermögens eintreten. Der Gesetzgeber beabsichtigte, auch diesen Fall in § 440 mit zu regeln (Mot. II, S. 216). Der vorausgehende § 439 ergibt außerdem deutlich eine Haftung des Verkäufers für schon anfängliche Rechtsmängel, indem sie nur ausnahmsweise, bei Kenntnis des Käufers im Zeitpunkt des Kaufabschlusses, nicht eintreten soll; kennt der Käufer in diesem Zeitpunkt den Rechtsmangel nicht, so haftet der Verkäufer und zwar laut § 440 nicht (Oertmann AcP 140, S. 140); § 439 zeigt insofern, daß bei der Bestimmung sowohl der Pflicht (§§ 433 f.) wie auch der Haftung (§ 440) des Verkäufers auch der Fall des anfänglichen Unvermögens mit einbegriffen ist. § 440 erhält sogar gerade durch die Anwendung auf anfängliches Unvermögen erst volle Bedeutung., denn bei nachträglichem Unvermögen (und nachträglicher Unmöglichkeit) hätten schon die allg. Bestimmungen der §§ 323 ff. ausreichen müssen, ohne daß es der besonderen Vorschrift des § 440 noch bedürfte (Oertmann, a.a.O.). - § 440 enthält nur noch eine Klarstellung darüber, daß das anfängliche Unvermögen als Fall der Nichterfüllung der Leistungspflicht angesehen wird. - Natürlich setzt die in § 433 f. aufgestellte Pflicht bzw. die in § 440 vorgesehene Rechtsfolge (auch) bei anfänglichem Unvermögen die Gültigkeit des Kaufvertrages voraus - man kann nämlich nicht aus einem nichtigen Vertrage ja gerade zur Erfüllung verpflichtet bzw. auf das Erfüllungsinteresse haftbar sein. Daraus folgt, daß die Frage nach der Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages bei anfänglichem Unvermögen schon von den Gesetzesvorschriften gelöst ist, man braucht deshalb dazu gar nicht allgemeine Erwägungen heranzuziehen.

7) Der Schadensersatzanspruch erfährt jedoch nach § 440 II-IV eine Einschränkung dahin, daß er nur bei Rückgabe der Sache an dem Berechtigten, bei Rückgewähr an den Verkäufer, bei Untergang der Sache, Beerbung des Käufers durch den Dritten oder umgekehrt und bei Abfindung des Dritten dem Käufer zusteht. Dies erklärt sich daraus, daß der Verkäufer wegen Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht auch haftet, wenn der Käufer zwar kein Eigentum erwarb, aber vom Dritten nicht in Anspruch genommen wurde und sich daher noch im ungestörten Besetz der Sache befindet. Könnte der Käufer in diesem Falle auch Schadensersatz verlangen, so würde er als Schadensersatz den Wert der Sache erlangen, aber gleichzeitig im Genuß der Sache bleiben. Dieses Ergebnis schließt § 440 II-IV aus (Blomeyer, a.a.O., S. 37). Dies bedeutet für unseren Zusammenhang, daß diese Einschränkung für den Käufer eigentlich keinen Nachteil gegenüber einem etwaigen Ersatzanspruch aus c.i.c. darstellt.

ihm stets zu, d. h. auch ohne Verschulden[8] des Verkäufers[9].

Desungeachtet bleibt für die allgemeine Haftung wegen c.i.c. noch immer Raum. Dieser Weg wäre für den Käufer insbesondere in zwei Fällen wichtig: Einmal dann, wenn das negative Interesse über das Erfüllungsinteresse hinausginge. Und ferner, wenn sich der Käufer für Rücktritt vom Vertrage entschiede, wobei er zusätzlich noch das Recht aus c.i.c. ausüben könnte. Ist denn dieser Weg statthaft?

Rein tatsbestandsmäßig betrachtet lassen sich c.i.c. und Rechtsmängelhaftung scharf trennen. Während sich die c.i.c. in ihrem Tatbestand auf das Verhalten der Parteien vor oder bei Vertragsabschluß bezieht, betrifft die Rechtsmängelhaftung ihr Verhalten erst nach dem Abschluß des Vertrages. §§ 433 ff. regeln den vertraglichen, die c.i.c. den vorvertraglichen Bereich. Die vorvertragliche Offenbarungspflicht findet ihr Ende gerade dort, wo die Rechtsverschaffungs-, Erfüllungspflicht beginnt. Die Erfüllung oder Verletzung einer Pflicht hat keinen

---

8) Das Verschulden bezieht sich dabei nicht auf das Unvermögen selbst, sondern auf die Unkenntnis hiervon. "Verschuldetes Unvermögen" (wie auch Unmöglichkeit) kann nur bei nachträglichem Unvermögen (oder Unmöglichkeit) in Frage kommen. Bei ursprünglichem Unvermögen kann der Schuldner niemals das Unvermögen als solches verschuldet haben, sondern stets nur seine Kenntnis hiervon - das Unvermögen deshalb nicht, weil es auf einem Umstande beruht, der beim Vertragsschluß schon vorhanden war, den er also nicht durch Verletzung der erst im Vertrage übernommenen Sorgfaltspflicht herbeigeführt haben kann (vgl. Brecht, Jher.Jb. 53, 295). Unhaltbar deshalb etwa die Formulierung: "(...wenn der Verkäufer...) das Unvermögen selber oder seine Unkenntnis hiervon verschuldet hat", Staud.-Ostler § 440.6b, S. 165 Mitte.

9) Die Lösung der Verschuldensfrage läßt sich dem Gesetz (§ 440, §§ 433 f.) nicht entnehmen. Zwar klingt § 440 so an, als ob bei dem ursprünglichen Unvermögen ebenso wie beim nachfolgenden eine Haftung nur unter den Voraussetzungen der §§ 320 ff., also nur bei Verschulden eintrete, aber mit dieser Verweisung sollten eigentlich nicht die Voraussetzungen, sondern die Folgen bestimmt werden (so die h. L.; z. B. Fikentscher § 43 III 4 unten). §§ 443 f. stellen andererseits nur die Pflicht auf, nicht aber auch deren Voraussetzungen.
Man dürfte hier mit der h. L. annehmen, daß der Verkäufer sein anfängliches Unvermögen zur rechtsmangelfreien Erfüllung schlechthin zu vertreten hat (Blomeyer § 28 I 2; Ennec.-Lehmann § 107 I; Larenz II § 40 II 3; Fikentscher § 69 IV 2c; Soergel-Ballerstedt § 440.7; anders Staud.-Ostler § 440.6; Erman-Weitnauer § 440 II 4). Nur für die h. L. spricht vor allem die Verkehrssicherheit und das Schutzbedürfnis des Käufers. Wenn er den Vertrag abgeschlossen hat, muß er grundsätzlich das Recht haben, die Erfüllung mit verbürgter Sicherheit zu erwarten; er muß mit dem ihm geschuldeten Gegenstande oder dessen Wert nunmehr als künftigen Bestandteil seines Vermögens rechnen können. Andererseits erlaubt ihm die Verkehrsanschauung, auf die Abwesenheit subjektiver Hindernisse in jedem Fall ohne eigene Nachprüfung zu vertrauen und sich auf den Verkäufer zu verlassen, weil alle subjektiven Hindernisse, wenn nicht ausschließlich, so doch überwiegend im Erkenntnisbereich des Verkäufers liegen, so daß deren Ermittlung dem Schuldner stets leichter zugänglich ist als dem Gläubiger.

Einfluß auf die Erfüllung oder Verletzung der anderen[10]. Beide Pflichten sind verschieden. Sie setzen einen anderen Tatbestand voraus und entspringen verschiedenen Wurzeln. Die gesetzliche Rechtsmängelregelung kann daher die allgemeine Haftung aus c.i.c. nicht hindern. Das gilt aber sinngemäß nur, wenn durch ein und dasselbe Verhalten beide Pflichten verletzt sind. Hat der Verkäufer die Offenbarungspflicht verletzt, die andere aber ordnungsgemäß erfüllt, so ist der Anspruch des Käufers aus c.i.c. grundsätzlich, d. h. sofern er zur Aufhebung des Vertrages führt[11], als unzulässig zu betrachten. Denn man darf nicht die

---

10) Das ist selbstverständlich. Der Verkäufer kann, obwohl er seine Offenbarungspflicht erfüllt hat, seine Leistungspflicht verletzen, wenn er nach Kaufabschluß unvermögend wird. Und umgekehrt: Er kann die Leistungspflicht erfüllen, obwohl er inzwischen seine Offenbarungspflicht verletzt hat, wenn er nachher vermögend wird. Mit einem Hinweis bei Eingehung seiner Verpflichtung, ich bin noch nicht vermögend, aber ich werde (vielleicht oder sicher) sein, hat der Verkäufer zwar seiner Offenbarungspflicht genügt, (noch) nicht aber natürlich auch seiner Erfüllungspflicht. Die Offenbarungspflicht ist ein bloßes Wort, die andere die Erfüllung des Wortes. Beide geschehen in verschiedenen Zeitpunkten, wobei sie nur verletzt oder erfüllt werden können.

11) Ist das nicht der Fall, so kommt der allgemeine Anspruch unzweifelhaft in Betracht. Dies würde folgendes Beispiel deutlich machen:
Ein Rittergutbesitzer V. verkaufte sein Gut samt Inventar an K., verschwieg aber fahrlässig, daß das Inventar noch im Eigentum seines Verkäufers wegen verschiedener Forderungen stand. Am 1. April sollte das Grundstück aufgelassen und das Kaufgeld bezahlt werden. Von dem Kaufgeld wollte V. die Ansprüche seines Verkäufers befriedigen und dessen Eigentum am Inventar zum Erlöschen bringen. Am 29. März erhielt K. ein Schreiben, in welchem ihn der Eigentümer des Inventars von seinem Recht in Kenntnis setzte, um so den gutgläubigen Eigentumserwerb zu verhindern. Dieses Schreiben teilte Eigentümer gleichzeitig auch dem V. mit. K., der in Rechtsfragen unbewandert war und weit entfernt vom V. wohnte, wandte sich an einen Rechtsanwalt, der die Angelegenheit klärte. Es kam sofort zu einem notariellen Nachtragsvertrag zum Kaufvertrag. V., der infolge des Schreibens die Angelegenheit in Ordnung zum Ende bringen wollte, hat am 30. März die Ansprüche seines Gläubigers befriedigt und damit das Eigentum am Inventar erworben, infolgedessen er am 1. April dem K. das Eigentum auch am Inventar ordnungsgemäß verschaffte. K. verlangt Ersatz der Kosten des Nachtragsvertrages sowie seines Anwalts von V. (Geänderter Fall von Urteilen des Landgerichts Erfurt 08 88/32 vom 9.1.1934 und 20.4.1934 angegeben bei Berger, Die Grenzen der Haftung, S. 2).
Hier war das fahrlässige Verschweigen des V. ursächlich für den eingetretenen Schaden. Eine Haftung auf vertraglicher Grundlage ist nicht gegeben, weil im vereinbarten Zeitpunkt der Erfüllung der Verkäufer vermögend war und seine Leistung doch bewirkt hat. (Für die Haftung wegen "anfänglichen Unvermögens" ist - anders als für die "anfängliche Unmöglichkeit", vgl. §§ 306, 307! - sinngemäß nicht der Zeitpunkt der Schuldbegründung, sondern des vereinbarten oder nach der Verkehrssitte oder der Natur der Leistung zu bestimmenden Leistungszeitpunkt entscheidend. Das Leistungsunvermögen muß zu diesem Zeitpunkt noch fortdauern; ist es inzwischen beseitigt, so hat überhaupt kein Leistungsunvermögen vorgelegen, vgl. vor allem Oertmann AcP 140, 129-132 und

Aufhebung eines Vertrages verlangen, der schon vollkommen erfüllt worden ist[12].

Unter dieser Einschränkung ist nun der Weg zur Annahme der Haftung aus c.i.c. in den oben angeführten zwei Fällen offen. Hat der Verkäufer gleichzeitig beide Pflichten verletzt, so kann sich der Käufer auf die c.i.c. berufen und damit Ausgleich aller aus dieser Pflichtverletzung in adäquat kausaler Weise entstandenen Nachteile verlangen, gleichgültig, ob sie die Höhe des Erfüllungsinteresses übersteigen. Eine Angrenzung des Anspruchs wie in §§ 122, 179, 307, 309 ist hier nicht gerechtfertigt. Die Beschränkung des negativen Interesses in den genannten Vorschriften gründet sich auf den Gedanken, daß der Ersatzberechtigte nicht besser gestellt werden darf, als durch Erfüllung des geplanten, aber gerade wegen Verschuldens des Ersatzpflichtigen nicht (gültig) zustandegekommenen Vertrages[13]. Dieser Gedanke trifft hier nicht zu. Denn der Vertrag ist schon (wirksam) zustandegekommen, und der Käufer hat schon Erfüllungsansprüche. Will nun der Käufer vom Vertrage zurücktreten[14], d. h. die eigene Leistung verweigern oder zurückfordern, so kann er zusätzlich (kumulativ!) das negative Interesse aus c.i.c. ersetzt verlangen. Soll der Rücktritt einer "restitutio ad integrum" dienen, also der Rückversetzung der Parteien in die Lage, "wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre"[15], so ist nicht einzusehen, warum zu diesem Zweck, wo er mit dem Rücktritt im Einzelfall nicht erreichbar wäre, nicht auch beide Wege zusammen benutzt werden könnten[16]. Der Rücktritt schließt nur die kumulative Geltendmachung des Erfüllungsinteresses aus, weil ja das Erfüllungsinteresse das Surrogat der Erfüllung ist, die der Zurücktretende gerade ablehnt[17]. Er läßt aber - genauso wie die Wandlung - das negative Interesse unberührt[18].

Forts. S. 70

RGZ 111, 86, 89. Damit entstünde die Frage, ob es wenigstens eben nur im letzten Zeitpunkt ein Verschulden vom Schuldner gefordert werden sollte. Die Frage ist wiederum zu verneinen. Denn der Gläubiger darf sich gerade auf die Erfüllung der - erfüllbaren - Leistung verlassen). Eine unerlaubte Handlung liegt, da es sich um fahrlässige Vermögensbeschädigung handelt, nicht vor. Gegen den dritten Eigentümer des Inventars kann sich K. auch nicht wenden, angesichts der ihm zugeschickten Schreiben, sollte ihn der Dritte auch von seiner Befriedigung in Kenntnis setzen (Offenbarungspflicht!); denn der Schaden war schon eingetreten. Das Rechtsempfinden verlangt eine Entschädigung des K. vom V., die nur nach den Grundsätzen der c.i.c. - Haftung möglich ist.

12) Diese Frage kann jedoch praktisch nur vorkommen, wenn das negative über das Erfüllungsinteresse hinausläuft.

13) Vgl. etwa Blomeyer § 33 III 2c.

14) Die Ausübung des Rücktrittrechts ist gegenüber dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung dann vorteilhafter, wenn die Durchführung des Vertrages für den Gläubiger keinen Gewinn oder gar einen Verlust bedeutet; Blomeyer § 28 II, 1b.

15) Mot. II, S. 280 f.

16) Vgl. Esser I § 51 II 3.

17) Esser, a.a.O. u. § 30 II 3.

18) Vgl. Blomeyer § 35 I 1 b und Esser, a.a.O., wobei wohl nur die "positive

Was gilt aber hier für den Ersatz von Vertragskosten? Gehören sie zum Inhalt des Rücktrittsrechts wie bei der Wandlung (§ 467 2)? §§ 346 bis 356, worauf § 327 (i. V. m. § 440 I) verweist, sprechen nichts davon und enthalten auch keine Verweisung auf § 467 2. Die Frage ist trotzdem zu bejahen. Es ist davon auszugehen, daß die Wandlung nur eine Sonderform des gesetzlichen Rücktrittsrechts ist, die sich von diesem grundsätzlich dadurch unterscheidet, daß sie kein Verschulden voraussetzt. Hat nun das Gesetz dem Käufer Ersatz von Vertragskosten bei der Wandlung gewährt, so wollte es es erst recht beim Rücktritt, wobei eben Verschulden verlangt wird. Das gilt natürlich, wenn der Käufer das Rücktrittsrecht bei nachträglichem Unvermögen (und nachträglicher Unmöglichkeit) ausübt, weil nur dort Verschulden erforderlich ist. Liegt nun anfängliches Unvermögen vor, so ist nicht einzusehen, warum § 467 2 analog nicht anwendbar sein sollte. Der Inhalt des Schadensersatzanspruches wird sonach auch hier wie bei der Wandlung bestimmt[9].

9) Vgl. dort S. 55 ff.

g) Verhältnis zu § 439

§ 439 verfügt eine Ausnahme von der Regel, daß der Verkäufer Rechtsmängel zu vertreten hat. Hiernach haftet der Verkäufer nicht für Rechtsmängel, die der Käufer beim Vertragsschluß kennt. Der Grund des Fortfalls der Vertretenspflicht ist entweder ein Verzicht des Käufers auf die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers oder die Annahme, daß der Käufer die sich aus dem Mangel im Rechte ergebende Gefahr übernehmen will[1]. Eine Offenbarungspflicht des Käufers ist aus dem gleichen Grunde wie bei § 460 1[2] nicht denkbar.

Nur die wirkliche Kenntnis des Käufers wirkt befreiend, nicht aber schon die auf einem Verschulden beruhende Unkenntnis[3]. Selbst grobfahrlässige Unkenntnis steht - im Gegensatz zu § 460 2 - der Kenntnis nicht gleich[4]. Da nur die wirkliche Kenntnis diese Folge hat, kann ein Schadensersatzanspruch des Käufers nicht aus dem Gesichtspunkt des mitwirkenden Verschuldens wegen unterlassener Erkundigung hinsichtlich des Mangels abgewiesen werden[5]. Das Gesetz legt dem Käufer nicht die Last auf, die erforderliche Sorgfalt zu verwenden, um den Mangel zu erkennen. Dies hat den inneren Grund darin, daß sich der Käufer auf das Versprechen des Verkäufers - ähnlich wie auf seine Zusicherungen i. S. des § 459 II[6] - verlassen darf.

---

1) Mot. II, S. 215; RGZ 81, 266, 269; 13, 341, 345 m. Nachw. Die Kenntnis des Käufers schließt folglich die Haftung des Verkäufers nur für die Mängel (das Vorhandensein des Rechts oder dessen Belastungen) aus, auf die sich die Kenntnis erstreckt (RG Recht 17 Nr. 31). Vgl. die gleichklingende Vorschrift des § 460. § 439 greift - wie auch § 460 (vgl. S. 60 Anm. 4) nicht ein, wenn sich der Verkäufer vertragsmäßig dazu verpflichtet, die fremden Berichtigungen wegzuschaffen; dann haftet er aus dieser Abrede, aber nicht nach den Sondersätzen über Mängelhaftung (RGZ 88, 165; Titze, Unmöglichkeit, S. 276, Anm. 41), vorausgesetzt, daß die betreffende Vereinbarung nicht gegen die guten Sitten verstößt (Mot. II, S. 216, Prot. I, S. 659).

2) Vgl. S. 60 f. In den oben (Anm. 1 a. E.) angeführten Fall deswegen, weil solche Vereinbarugen stets die Kenntnis (auch)des Verkäufers voraussetzen.

3) Mot. II, S. 216.

4) RGZ 59, 408. Anders wohl dann, wenn der Käufer die ihm gebotene Gelegenheit zur Kenntnisnahme der Mängel wider Treu und Glauben vereitelt hat; z. B. er unterdrückt absichtlich die ihm zugegangene schriftliche Mitteilung des Verkäufers, liegt nicht die übermittelte Abschrift des Grundbuchblattes; Oertmann § 439. 1b.

5) RG Holdh.M.Schr. 11, 149.

6) Vgl. S. 52.

Der Käufer braucht sich also, wenn er an der mangelfreien Erfüllung zweifelt, nicht darüber zu erkundigen; das Versprechen des Verkäufers hebt unmittelbar eben diese Erkundigungslast auf. Braucht der Käufer aber nicht seine Zweifel lediglich mitzuteilen, um den Verkäufer, wenn er den Rechtsmangel nicht kennen mußte, vom Abschluß des Vertrags abzuhalten oder ihm rechtzeitig die Möglichkeit zu geben, die Wirksamkeit der Übereignung noch herbeizuführen? Eine solche Offenbarungspflicht läßt sich in ihrem Tatbestand von der erwähnten Erkundigungslast klar unterscheiden. Vermag aber die tatbestandliche Unterscheidung allein die gesetzliche Geltung einer derartigen Pflicht zu rechtfertigen? In welchem Verhältnis steht sie doch zu dem Versprechen des Verkäufers i. S. des § 439?

Man erinnert sich an den Fall des § 460 2, wobei die Zusicherung des Verkäufers neben der Untersuchungslast des Käufers auch dessen Pflicht zur Mitteilung seiner Zweifel ausschließt. Sind bei ihm Zweifel bereits vor der Abgabe der Zusicherung aufgetreten, so darf er sich eben zusichern lassen; damit braucht er nicht mehr auf die sachmangelfreie Erfüllung zu mißtrauen. Die Zusicherung soll ja überhaupt eine Garantie für die Zweifel des Käufers liefern; nach der Zusicherung werden jegliche Zweifel des Käufers hinsichtlich des Inhalts der Zusicherung schlechthin unerheblich. Aus den so irrelevant gewordenen Zweifeln kann dann keine Pflicht zu Lasten des Käufers abgeleitet werden. Eine Übertragung dieser Gedanken auf den vorliegenden Fall des § 439 wäre nun in gewisser Hinsicht nicht zutreffend. Das Versprechen des Verkäufers zu rechtsmangelfreier Erfüllung baut zwar - gleich wie die Zusicherung - auf dem Garantiegedanken auf; die Garantie ist in beiden Fällen dafür übernommen, daß der Verkäufer imstande ist oder sich imstande zu setzen hat, die Leistung ordnungsgemäß zu gewähren und daß er widrigenfalls die Folgen der Nichterfüllung tragen muß. Während jedoch die Garantie bei der Rechtsmängelhaftung - tatbestandsmäßig, d. h. vom Gesetz wegen - mit der Abgabe des Vertragsangebots übernommen wird, stellt die Zusicherung bei der Sachmängelhaftung begrifflich einen vom Vertragsangebot getrennten Akt dar[7]. Die Zusicherung wird im Rahmen des Vertragsschlusses meist auf Aufforderung des Käufers abgegeben. Zweifelt er an der mangelfreien Erfüllung,

---

7) Die Rechtsmängel-Garantie ist nämlich die "gesetzliche" Haftungsvoraussetzung für die im Vertragsangebot übernommenen Verpflichtungen; sie ist nichts anderes als der subjektive Tatbestandsteil des Verkaufsangebots. Die Zusicherung ist nur eine "vertraglich" vereinbarte Garantie und kann deshalb in einem konkreten Kaufvertrag auch fehlen.

so darf er Zusicherung verlangen; wird sie abgegeben, so darf er sich darauf verlassen. Was geschieht nun aber, wenn sich die Zweifel des Käufers nicht auf die sach-, sondern auf die rechtsmangelfreie Erfüllung beziehen und bei ihm bereits vor der Abgabe des Garantieversprechens bestehen? Darf er dann den Verkäufer zur Abgabe des Garantieversprechens drängen, um - wie bei der Zusicherung des § 460 2 - Sicherheit für seine Zweifel zu bekommen? In keinem Fall! Denn eine solche Möglichkeit würde hier, weil das Garantieversprechen - tatbestandsmäßig - mit der Abgabe des Vertragsangebots zusammenfällt, dazu führen, daß der Käufer, wenn er Zweifel vor der Abgabe des Vertragsangebots hatte, den Verkäufer gerade dazu, also zum Vertragsschluß selbst verleiten dürfte!

Diese Feststellung entfernt die Problematik von der des § 460 2 und scheint insofern selbst für die Offenbarungspflicht des Käufers zu sprechen. Unterläßt dieser auf seine Zweifel hinzuweisen, so verstößt er gegen Treu und Glauben, wenn er erkannt hat, daß die Kenntnis dieser Zweifel die Entschließung des Verkäufers zum Vertragsschluß selbst beeinflussen könnte. Läßt er seine Zweifel ungeklärt und behält sich vor, zu einem späteren Zeitpunkt den Verkäufer auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, so könnte das sogar als mißbräuchliche Rechtsausübung angesehen werden. Unter diesem Gesichtspunkt dürfte diese Unterlassung des Käufers als rechtswidrig selbst dann angesehen werden, wenn sie erst nach der Abgabe des Angebots stattfindet, den Verkäufer also dazu bestimmt, die noch mögliche Beseitigung der Hindernisse zu unterlassen; eine rechtzeitige Aufklärung des Verkäufers wäre auch hier nach dem Prinzip von Treu und Glauben erforderlich.

In der Tat hat der BGH[8)] in diesem Sinne einmal entschieden: Hat der Käufer, nicht aber der Verkäufer den Rechtsmangel kennen müssen, so sei er nach Treu und Glauben zur Mitteilung seiner Zweifel verpflichtet, um den Verkäufer vom Kaufabschluß abzuhalten oder ihm die Möglichkeit zu geben, die Wirksamkeit der Übereignung noch herbeizuführen; unterläßt er dies und nimmt den Verkäufer in Anspruch, so sei der Verkäufer nicht durch § 439 gehindert, Entlastung oder Minderung seiner Mängelhaftung nach den Grundsätzen des mitwirkenden Verschuldens (§ 254) geltend zu machen.

---

8) LM Nr. 3 zu § 439 BGB = NJW 60, 720 = Betrieb 60, 349 = BB 60, 306 = JZ 61, 325 m. Anm. Ermans.

Diese Entscheidung ist mit Recht auf Kritik gestoßen[9]. Denn sie verschiebt die dem Gesetz (§ 439) zugrunde liegende Abgrenzung zwischen den Pflichten von Käufer und Verkäufer[10]. Diese Abgrenzung soll nach der Wertung des Gesetzes nicht etwa nach dem Prinzip von Treu und Glauben, sondern nach dem Gedanken der Risikoverteilung erfolgen. Danach hat sich allein der Verkäufer um sein Vermögen zu mangelfreier Erfüllung zu kümmern; subjektive Leistungshindernisse liegen grundsätzlich im Erkenntnisbereich des Verkäufers, deren Ermittlung ist ihm also leichter zugänglich als dem Käufer. Umgekehrt braucht sich ja der Verkäufer auch keine Sorgen darüber zu machen, ob der Käufer den Kaufpreis bezahlen kann (§ 279)[11]. Mit Recht bemerkt Medicus[12] dazu: "Wollte man mit dem BGH dem Käufer ansinnen, sich um das Leistungsvermögen des Verkäufers zu kümmern, so müßte man eine entsprechende Pflicht auch dem Verkäufer auferlegen. Damit ermöglichte man dem Käufer gegen die Kaufpreisklage den Einwand, der Verkäufer hätte wissen müssen, daß er, der Käufer, den Kaufpreis nicht zahlen könne. Dieser Einwand mag zwar bei manchen Abzahlungsgeschäften rechtspolitisch erwünscht sein. Aber dem BGB ist er mit Recht fremd: Gäbe es ihn, so würde der Geschäftsverkehr unerträglich belastet, und jede simple Kaufpreisklage könnte zu einem höchst umfangreichen Prozeß führen". Die allgemeinen Grundsätze müssen daher hier vor der vom Gesetz näher getroffenen Wertentscheidung zurücktreten. Der Verkäufer soll kein Recht auf Aufklärung über seine eigenen Vermögensverhältnisse haben - ebenso wie der Käufer kein Recht über seine Zahlungsfähigkeit. Die Haftung für anfängliches Unvermögen oder für anfängliche Rechtsmängel ist eine klare Risikohaftung[13].

Eine Offenbarungspflicht nach der Abgabe des Vertragsangebots widerspricht - außerdem - auch dem Garantiecharakter der Haftung des Verkäufers. Hat dieser einmal sein Wort abgegeben und damit auch die Garantie für dessen Erfüllung übernommen, so darf der Verkäufer darauf vertrauen. Seine ursprünglichen Zweifel werden damit unerheblich. Sie können deshalb keinen Haftungsgrund erzeugen. Die Problematik ist insofern ähnlich wie bei § 460 2.

---

9) Medicus JuS 65, 209, 214 (sub II 1); Palandt-Putzo § 439.2; Staud.-Werner § 254.14. Dem BGH folgen jedoch Erman-Weitnauer § 439.2; Soergel-Ballerstedt § 439.7, 4; Staud.-Werner § 276.33 (S. 369); Rosenthal-Bohnenberg § 439.1; Nirk, Festschr. f. Möhring, S. 412.
10) Medicus, a.a.O.
11) Medicus, a.a.O.
12) a.a.O.
13) Vgl. Blomeyer § 28 I 2 (S. 148).

2. Schenkung und Leihe

I. §§ 523 I und 524 I regeln die Haftung des Schenkers wegen Rechts- und Sachmängel der verschenkten Sache. Es handelt sich dabei um Schenkungsversprechen - gleichviel, ob der Gegenstand des Versprechens nur der Gattung nach oder individuell bestimmt ist - und unmittelbar vollzogenen Schenkungen. Das Gesetz geht dabei von der grundsätzlichen Anschauung aus, daß der Schenker den Gegenstand der Schenkung nur so gewähren will und soll, wie er ihn selbst hat[1]. Demgemäß geht die Erfüllungspflicht des Schenkers auf die Leistung des Gegenstandes nicht in mangelfreier, sondern lediglich in derjenigen Lage, in der er sich in der Hand des Schenkers befindet[2]. Würde dieses Prinzip ausnahmslos durchgeführt, so würde dem Schenker in den erwähnten Fällen keine Haftung wegen einer Pflichtwidrigkeit bei der Erfüllung der Schenkung treffen, und zwar ohne Unterschied, ob eine Spezies oder eine Gattung geschenkt ist[3]. Das Gesetz ordnet daher eine Haftung für "arglistiges Verschweigen" von Rechts- und Sachmängeln an, wobei es den Schenker zum Ersatz des"daraus entstehenden" Schadens verpflichtet (§§ 523 I und 524 I). Der vom Gesetz angenommene Standpunkt erklärt nun auch den unter diesem Ausdruck zu verstehenden Umfang der Schadensersatzpflicht. Der zu ersetzende Schaden ist nicht das Interesse an der mangelfreien Leistung (Erfüllungsinteresse), sondern lediglich der durch die Täuschung zugefügte Vertrauensschaden (negatives Interesse)[4]. Denn wenn die Fehlerfreiheit der verschenkten Sache nicht zum Inhalt der Erfüllungspflicht gehört, kann eine fehlerhafte Leistung auch keinen Verstoß gegen die Erfüllungspflicht darstellen, die Haftung kann daher auch nicht auf das Erfüllungsinteresse gehen[5]. Das negative Interesse folgt außerdem zwanglos auch aus dem Gegensatz im Wortlaut von Abs. 1 und 2 der §§ 523, 524 ("den daraus entstehenden Schaden" - "Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung").

---

1) Prot. II, S. 26; Staud.-Ostler § 523.3; Soergel-Ballerstedt § 523.2; Plank-Knoke § 523.1a; Oertmann § 523.1.

2) Ein Geschenk muß man so hinnehmen, wie es ist, "einem geschenkten Gaul guckt man nicht ins Maul".

3) Vgl. Soergel-Ballerstedt, a.a.O.

4) h. L.; Prot. II, 27; RGRK-Kuhn § 523.2 und § 524.3; Staud.-Ostler, a.a.O.; § 524.26; Soergel-Ballerstedt, a.a.O.; § 524.2; Oertmann § 523.2a und § 524.1a; Plank-Knoke, a.a.O.; Larenz, SchuldR. § 47 II; anders etwa Lippmann AcP 102, 387.

5) Bei den sog. Realschenkungen, denen ein Schenkungsversprechen nicht vorausgegangen sei, erscheine ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (schon) begrifflich ausgeschlossen, besagen die Prot., a.a.O.

Das Gesetz hat aber - im Gegensatz zum Kauf (§§ 463 2, 480 II) - nicht ausdrücklich angegeben, auf welchen Zeitpunkt - des Versprechens oder der Erfüllung - sich die Arglist beziehen soll[6]. Hier ist es zwischen dem Versprechen einer Spezies und dem Versprechen eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes zu unterscheiden. Bei der zweiten Schenkungsart ist dasselbe anzunehmen, wie beim Gattungskauf. Da erst mit dem Zeitpunkt der Erfüllung die Konkretisierung der Schuld eintritt, kann nur dieser für die Feststellung des Mangels und damit der Arglist maßgebend sein. Die Pflichtverletzung stellt insofern eine "positive Vertragsverletzung" dar. Bei Stückschenkungen ist dagegen allein der Zeitpunkt des Versprechens bestimmend. Wie bei Stückkauf ist auch hier die Arglist schon vollendet, wenn sie nur in diesem Augenblick erfolgt; sie braucht nämlich nicht noch zur Zeit der Erfüllung fortdauern[7]. Insoweit liegt eine "culpa in contrahendo" vor[8].

Hiernach ergibt sich, daß eine Haftung des Schenkers für grobe[9] Fahrlässigkeit durch unsere Vorschriften ausgeschlossen ist. Wenn das Gesetz von dem allgemeinen Tatbestand der c.i.c. bzw. p.V.V. nur die Arglist mit nachteiliger Rechtsfolge belegt, so will es für die andere minderschwere Art des Verschuldens die Rechtsfolge nicht zulassen (arg. e contrario). Dieses Ergebnis entspricht durchaus dem gemilderten Haftungsmaßstab, den das Gesetz für die Schenkung wegen deren uneigennützlichen Charakter aufgenommen hat. Während in der allgemeinen Vorschrift des § 451[10] der Schenker nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit verantwortlich erklärt wird, wird durch die Sonderregelung der §§ 523 I, 524 I seine Verantwortlichkeit noch weiter gemildert. Müßte der Schenker schon für grobfahrlässiges

---

6) Das ist freilich nur beim Schenkungsversprechen von Bedeutung.

7) Vgl. zu § 463 2, S. 15.

8) Zu Unrecht sieht man also die Grundlage der Haftung ausschließlich in der c.i.c.; so fast allgemein, RGRK-Kuhn § 523.2; Soergel-Ballerstedt § 523.3; § 524.3; Staud.-Ostler § 523.1; Larenz, SchuldR. § 47 II; ders. Methodenlehre, S. 384, Anm. 1; Krückmann AcP 101, 235 f.; Steinberg, Die Haftung für c.i.c., S. 18; Dömpke, Die Grundlage und der Umfang der Haftung, S. 33 f. - Man braucht die "positive Vertragsverletzung" bei Gattungsschenkungen mit dem "arglistigen Verschweigen" bei Gattungskauf (§ 480 II) nicht zu verwechseln. Dort stellt das Verschulden die Verletzung der Erfüllungspflicht dar, weil zu deren Inhalt auch die mangelfreie Leistung gehört; die Rechtsfolge muß daher notwendig auf das Erfüllungsinteresse gehen.

9) Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit schließt schon die allgemeine Regelung des § 521 aus.

10) Sie gilt nicht nur innerhalb des schon bestehenden Vertragsverhältnisses, sondern auch bei Abschluß des Vertrages, h.L.; etwa Staud.-Ostler § 521.1a. - Darüber, ob unter den gemilderten Haftungsmaßstab des § 521 nur rechtsgeschäftliche Pflichten (Offenbarungspflicht) fallen oder auch rein deliktische (Schutzpflicht), vgl. vor allem Baumert, Tatbestand und Haftungsmaßstab, S. 56 ff.

Verschweigen von Mängeln haften, so wären die §§ 523 I, 524 I eindeutig überflüssig[11] [12].

Die §§ 523 II und 524 II regeln weder ein Verschulden beim Vertragsschluß noch eine positive Vertragsverletzung. Hierbei handelt es sich um Schadensersatzansprüche, die wegen Verstoßes gegen die dem Schenker obliegende Erfüllung des Schenkungsversprechens gegeben sind. Auf Grund des Schenkungsversprechens war der Schenker verpflichtet, die versprochene Sache erst zu beschaffen. Er verstößt also gegen seine Vertragspflicht. Wenn er beim Erwerb der Sache die notwendige Aufmerksamkeit außer Acht läßt und den Beschenkten über die Mängel des Gegenstandes nicht aufklärte. Demgemäß wurde hier sowohl die subjektive Voraussetzung für die Schadensersatzpflicht weiter gegriffen (vgl. § 521, Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit), wie auch der Umfang der letzteren auf das Erfüllungsinteresse ausgedehnt.

II. Das für die Schenkung Gesagte gilt entsprechend für die Leihe (§ 600).

---

11) Eine entsprechende Haftung aus § 307 greift nicht Platz, weil § 307 nur den hier nicht vorliegenden Fall eines wegen objektiver Unmöglichkeit ungültigen Vertrages handelt; Oertmann § 523.2a; Plank-Knoke § 523.1a; Staud.-Ostler § 523.3aa(Die Prot. a.a.O., lassen diese Frage offen). - Es ist ganz anders, wenn der Schenker vertragsmäßig eine Garantie auf sich nimmt, die das gesetzliche Maß überragt. Das ist möglich und zulässig. Dann haftet er selbstverständlich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und kann sich gar nicht auf § 521 berufen; Staud.-Ostler § 523.3 cc, 5 und § 524.1b; Plank-Knoke § 523.2 und § 524.2; Oertmann § 523.2b und § 524.1b, 3.

12) So auch die h.L.; RGRK-Kuhn § 523.2; Staud.-Ostler § 523.3aa; Erman-Seiler § 523.1a; Oertmann § 523.2a, S. 716; Larenz, a.a.O.

3. Miete und Pacht

I. Die Haftung für anfängliche Sach- und Rechtsmängel ist im Mietrecht in §§ 538, erster Fall, und 541 geordnet. Danach kann der Mieter, wenn der Mangel schon beim Abschluß des Vertrages vorhanden war, neben[1] der im § 537 bestimmten Rechten, also der Minderung oder dem Fortfall der Zahlungspflicht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dabei kommt es auf ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Vermieters nicht an. Die Haftung beruht auf einer stillschweigenden Garantie der Tauglichkeit für den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache[2].

Ein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der c.i.c. hätte unter diesen Umständen nur Sinn, wenn - ausnahmsweise - das negative Interesse über das volle Erfüllungsinteresse hinausliefe. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Mieter nicht diesen Schaden - kumulativ mit der Minderung oder der Befreiung von der Zahlungspflicht - ersetz verlangen könnte. C.i.c. und die genannten Vorschriften beruhen eben auf verschiedener Grundlage. Der Zulassung eines so uneingeschränkten Ersatzanspruches stünde andererseits auch nicht der in §§ 122, 179, 307, 309 zugrunde liegende Gedanke entgegen[3] [4].

II. Entsprechendes wie für die Miete gilt für die Pacht, § 581 II.

---

1) Nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes nur "statt".
2) Mot. II, S. 376 f.; RG JW 35, 3459; DR 40, 1425; BGHZ 9, 320; BGH LM Nr. 6 zu § 538; Staud.-Kisersauer § 538.10; Soergel-Menzer § 538.5; Plank-Knoke § 538.1aa. - Die Frage, ob sich die garantiemäßige Haftung auch auf "Mangelfolgeschäden" bezieht, kann hier dahingestellt bleiben.
3) Vgl. dazu oben S. 71.
4) Bezieht sich das dem Vermieter zur Last fallende Verschulden beim Vertragsabschluß nicht auf Mängel, sondern auf neben hergehende Umstände, so kommt die Haftung wegen c.i.c. wiederum und uneingeschränkt in Betracht; vgl. die Fälle RG HRR 39 Nr. 484; Karlsruhe HRR 39 Nr. 1239; BGH NJW 61, 169.

4. Werkvertrag

Auch beim Werkvertrag kann es verhältnismäßig häufig vorkommen, daß ein und dasselbe Verhalten des Unternehmers sowohl einen Verstoß gegen die vorvertragliche Offenbarungspflicht als auch einen Fall der gesetzlichen Sach-[1] mängelhaftung darstellt. Konnte z. B. der Unternehmer bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt von vornherein wissen, daß sich die versprochene Leistungsfähigkeit der von ihm herzustellenden Maschine mit den derartigen technischen Mitteln noch nicht verwirklichen läßt, und hat das vor oder bei Vertragsabschluß verschwiegen, so liegt in diesem Verhalten neben einem Fall der Mängelhaftung zugleich eine Verletzung der vorvertraglichen Sorgfaltspflicht[2].

---

1) Von Rechtsmängeln spricht das Gesetz hier - im Gegensatz zum Kauf - nicht. Dies rechtfertigt sich dadurch, daß der reine Werkvertrag kein Veräußerungsgeschäft ist, so daß eine Haftung für Rechtsmängel bei materiellen Werkleistungen notwendig fortfällt. Beim eigentlichen Werkvertrag liefert der Unternehmer keine Materialien, er ist nur zur Herstellung des Werkes verpflichtet (Staud.-Riedel § 633.17; Heck § 114 Ziff. 4a; Plank-Oegg Vor § 633.2). Beim Werklieferungsvertrag, bei dem der Unternehmer aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe ein Werk herzustellen und die hergestellte Sache dem Besteller zu Eigentum zu übertragen hat (§ 651 I), ist die Haftung für Rechtsmängel allgemein anerkannt (etwa Staud.-Riedel, a.a.O). Insofern tritt neben die gesetzliche Mängelhaftung auch die Haftung aus c.i.c. wie beim Kauf ein (vgl. § 651 I 1). Hat der Unternehmer nur Zutaten oder sonstige Nebensachen zu liefern (§ 651 II), so erwirbt der Besteller das Eigentum an diesen regelmäßig durch die Verbindung mit der Hauptsache (§§ 946, 947). Werden die Nebensachen als Zubehör beigegeben, so finden die Vorschriften der § 433 ff. Anwendung (Plank-Oegg, a.a.O.; Staud.-Riedel, a.a.O.), wobei daneben auch die Haftung aus c.i.c. wiederum in Betracht kommt.

2) Diederichsen BB 65, S. 402. Da in dem erwähnten Beispiel angedeutet wird, daß die versprochene Leistungsfähigkeit der herzustellenden Maschine nicht nur gerade von dem Schuldner, sondern nach dem derzeitigen Stande der Technik überhaupt nicht möglich ist, könnte man sich vorstellen, daß der Vertrag, da dieser auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichtet ist, gem. § 306 nichtig sei und der Schuldner somit allein nach Maßgabe des § 307 schadensersatzpflichtig. Das RG hat dennoch - und mit Recht - § 306 in solchen Fällen nicht angewandt (LZ 27 Sp. 845; JW 36, 2392; so auch BGH JZ 71, 134). Der Vertrag läßt sich hier von vornherein ja nicht als zweck- und gegenstandslos auffassen; denn der Besteller kann sehr gut ein Interesse daran haben, die Maschine zu erhalten, auch wenn deren Wirkungsgrad ein geringerer (aber der höchstmögliche) ist. Übrigens wäre es auch nicht angebracht, den Unternehmer, der dies schuldhaft verschwiegen hat, auf diese Weise von jeder vertraglichen Haftung freizustellen. Es wäre daher berechtigt anzunehmen, daß die Bestimmungen der §§ 631 ff. für ihren Anwendungsbereich den § 306 ausschließen; so auch Larenz, SchuldR. § 53 II, S. 224.

Zur Anwendung der c.i.c. ist aber hier im Vergleich zur Sachmängelhaftung beim Stückkauf grundsätzlich[3] ein geringeres Bedürfnis vorhanden. Während nämlich dort § 463 2 nur bei "arglistiger Verschweigung" des Mangels zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet, ist hier die Schadensersatzpflicht schon damit begründet, daß der Mangel des Werkes auf einem Umstande beruht, "den der Unternehmer zu vertreten hat" (§ 635); der Unternehmer hat also für den Mangel sowohl bei Vorsatz wie auch bei Fahrlässigkeit (§ 276) einzustehen[4]. Stellt daher das schuldhafte Verhalten des Unternehmers in contrahendo zugleich einen Verstoß gegen § 635 dar, so kann der Besteller nach dieser Vorschrift das ihm in aller Regel vorteilhafte Erfüllungsinteresse beanspruchen[5]. Immerhin steht dem Besteller - im Gegensatz zum Stückkauf - ein ursprünglicher Erfüllungsanspruch auf Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes (sog. Neuherstellungsanspruch)[6] zu und außerdem der Anspruch auf Mangelbeseitigung aus § 633 II 1[7].

---

3) Vgl. aber die nächste Anm.

4) Darüber hinaus aber auch bei Garantieübernahme, bei der Zusicherung also für die Vertragsmäßigkeit des Werkes einstehen zu wollen (RGZ 90, 165, 40); d. h. auch ohne Verschulden. Diesem Fall legt es die Haftung für Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf (§§ 463 1, 459 II)nahe. Doch unterscheidet sich der hier vorliegende Fall von dem anderen dadurch, daß hier nicht jede vertragliche Zusicherung einer Eigenschaft i. S. des § 633 I genügt, um die Ersatzpflicht zu begründen; vielmehr bedarf es - im Gegensatz zu § 463 1 - einer besonderen Gewährleistung (RG 58, 18; RG Warn. Rspr. 15 Nr. 79; RG Seuff. Arch. 79 Nr. 80; Staud.-Riedel § 635.7 zu 6; Oertmann § 635.1b). Die Haftung ist also hier strenger als in § 463 1. In dieser Hinsicht bleibt für die c.i.c. praktisch mehr Raum hier als bei § 463 1.

5) Man kann nicht einwenden, das Erfüllungsinteresse bringe hier gegenüber dem negativen Interesse aus c.i.c. den Nachteil mit sich, daß dessen Geltendmachung wie bei der Wandlung oder Minderung nach § 634 I (da das Erfüllungsinteresse nur "statt" der Wandlung oder Minderung gegeben ist (§ 635), müssen auch dabei deren Voraussetzungen erfüllt sein, genau wie beim Kauf; z. B. Plank-Oegg § 635.2aa m. Nachw.) die Bestimmung einer Frist zur Beseitigung des Mangels voraussetzt, die zunächst fruchtlos verstrichen sein muß. Denn diese Fristbestimmung entfällt nach § 634 II bei Unmöglichkeit der Beseitigung, unberechtigter Verweigerung der Beseitigung sowie bei besonderem Interesse des Bestellers an sofortiger Wandlung oder Minderung und damit auch an Geltendmachung des Schadensersatzanspruches, also immer dann, wenn ein eigentliches Interesse am Erfüllungsinteresse besteht.

6) Vgl. den Erfüllungsanspruch bei der Rechtsmängelhaftung im Kaufvertrage und den Nachlieferungsanspruch im Gattungskauf (§ 480 I).

7) Zum näheren Verhältnis der letzten zwei Ansprüche zueinander, vgl. vor allem Korintenberg, Der Mangelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag, Diss. Köln 1927; ders. Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage, 1935.

Wegen der weitgehenden Rechtsbehelfe im Werkvertrage läßt sich die Frage nach der praktischen Bedeutung unseres Konkurrenzproblems ähnlich nicht wie bei Sach-, sondern vielmehr wie bei Rechtsmängelhaftung im Kauf stellen[8]. Der Anspruch aus c.i.c. ist sonach besonders dann von Bedeutung, wenn der Besteller gem. § 634 wandeln oder mindern will, oder wenn das negative Interesse das Erfüllungsinteresse nach § 635 übersteigt.

Gegen die Zulässigkeit dieses Anspruchs bestehen hier keinerlei Bedenken. Die dem Besteller zustehenden Rechte - Erfüllungsanspruch, Mangelbeseitigungsanspruch (§ 633 II 1), Wandlung oder Minderung (§ 634) und der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 635) - sind rein vertragliche Rechte, die als solche weder mit dem Tatbestand noch mit dem Rechtsgrund des Verschuldens beim Vertragsschluß zu tun haben[9]. Verstößt also das Verhalten des Unternehmers sowohl gegen seine vertraglichen Pflichten als auch gegen die vorvertragliche Offenbarungspflicht, so steht dem Besteller neben seinen sonstigen Rechten auch der Schadensersatzanspruch aus c.i.c. uneingeschränkt zu[10]. Wie bei der Rechtsmängelhaftung im Kaufvertrag macht es auch hier keinen Unterschied, ob das negative über das Erfüllungs-

---

8) Diederichsen, a.a.O., S. 403, meint, daß gegenüber dem Kauf im Werkvertragsrecht für die Anwendung der c.i.c. ein wesentlich größeres Bedürfnis vorhanden sei. Der Besteller eines Werkes müsse sich - anders als der Käufer, der den Kaufgegenstand fast immer vor dem Abschluß des Vertrages untersuchen könne - regelmäßig auf die Sachkenntnis und die Richtigkeit der Angaben, die ihm der Werkunternehmer mache, verlassen. Das gelte vornehmlich dann, wenn es sich bei dem herzustellenden Werk um eine technische Anlage handle. Das ist grundsätzlich richtig. Jedoch darf man nicht die gesetzlichen Rechtsbehelfe des Bestellers übersehen. Der dargelegte Gesichtspunkt kann als Argument für die c.i.c. tatsächlich nur da gelten, wo das Interesse des Bestellers vom Werkvertragsrecht nicht ausreichend gedeckt wird. Bestünde aus diesem Grunde für die c.i.c. beim Werkvertrag ein größeres Bedürfnis als beim Sachmängelrecht im Kauf, so müßte das aus dem gleichen Grunde auch im Verhältnis des Sach- und Rechtsmängelrechts im Kauf geschehen; denn auch dort muß sich der Käufer, weil er von der Leistungsfähigkeit des Verkäufers regelmäßig nicht wissen kann, auf den Verkäufer verlassen! Am sichersten muß man deshalb auf die Rechtsbehelfe des Gläubigers abstellen.

9) Schon weitgehend anerkannt; RG Recht 28 Nr. 1036; vgl. RG JR 30 Nr. 37; RGZ 95, 60 und 97; JW 12, S. 743; Staud.-Riedel § 633.8; Soegel-Ballerstedt § 633.12; Diederichsen, a.a.O., S. 403; Nirk, a.a.O., S. 412; besonders aber Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage, S. 191, vgl. auch S. 104 ff., 123 ff.

10) Hat aber der Unternehmer trotz Verletzung der Offenbarungspflicht seine Erfüllungspflicht erfüllt, so ist seine Haftung - wie beim Kauf (vgl. S. 70) - nur insofern anzunehmen, als das negative Interesse nicht zur Auflösung des Vertrages führt.

interesse hinausgeht[11]. Der allgemeine Anspruch kann mit den Ansprüchen auf Wandlung oder Minderung auch kumulativ konkurrieren[12]; er unterliegt aber wie beim Kauf der kurzen Verjährung nach § 638[13].

Eine Besonderheit sieht § 650 vor für den Fall einer Kündigung seitens des Bestellers wegen Überschreitung eines Kostenanschlags. Der Kostenanschlag kann die Bedeutung haben, daß der Unternehmer sich verpflichtet, das Werk in der aus dem Anschlag ersichtlichen Weise für die darin genannte Endsumme herzustellen, daß er die Richtigkeit des Anschlags gerantiert. In diesem Falle macht der verbindliche Voranschlag als Vertragsbestandteil den Unternehmer zum Anschlagpreis erfüllungspflichtig. Aber diese Abmachung bildet nicht die Regel. Öfters trägt der Anschlag den Charakter eines bloßen Kalkulationsgutachtens, für dessen Richtigkeit der Unternehmer keine Gewähr übernehmen will. Dann wird der Besteller nach § 650 lediglich zur Kündigung berechtigt, wenn der Anschlag überschritten wird. Damit ist ihm nun offenbar wenig gedient. Ebensowenig würden ihm bei vorsätzlich unrichtiger Aufstellung des Anschlags die Vorschriften der §§ 123, 823 II, 826, die jedenfalls eingreifen[14], nützen. Sachgemäß dürfte es den Unternehmer auch für seine Fahrlässigkeit bei Aufstellung des Anschlags haften lassen, und zwar nicht bloß auf Grund des besonderen Vertragsverhältnisses, sondern auch allgemein aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß; gerade der Rechtsgedanke der Treuepflicht verlangt eine sorgfältige Wahrung der Interessen des Bestellers durch den Unternehmer auch bei den Vorarbeiten. Der Annahme der Haftung aus c.i.c. steht auch hier nichts im Wege[15].

---

11) Für eine Irrtumsanfechtung nach § 119 ist hier kein Raum; denn ein Irrtum über die Mangelfreiheit des Werkes kann nicht bei Vertragsschluß, sondern erst im Zeitpunkt der Abnahme oder Vollendung des Werkes vorkommen; Staud.-Riedel § 633.4; Palandt-Thomas § 633.2Ac; Erman-Wagner § 633.6; OLG Köln JW 34, 1984.

12) Das gleiche gilt auch bei § 636, wonach im Falle nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes der Besteller an Stelle des Anspruchs auf Wandlung das Recht zum Rücktritt nach Maßgabe der für die Wandlung geltenden Vorschriften des § 634 hat.

13) Vgl. z. B. Diederichsen, a.a.O. - Auf die Frage der "Mangelschäden" ist hier nicht einzugehen.

14) Korintenberg, a.a.O., S. 49; Staud.-Riedel § 650.3e (S. 1795).

15) So auch Staud.-Riedel, a.a.O.; Esser § 80 III 2; Leonhard, Verschulden, S. 18 f.

II. Verhältnis zu Anfechtungstatbeständen.

I. Verhältnis zu §§ 119, 122, 2078 III

Die Lehre von der Haftung für c.i.c. berührt sich mit der Irrtumslehre in doppelter Hinsicht: Einmal dann, wenn der Irrtum des Erklärenden schuldhaft war; ferner, wenn der Erklärungsgegner den Irrtum schuldhaft herbeigeführt hat. Wegen des engen Zusammenhangs, in dem die beiden Rechtsinstitute miteinander stehen, ist eine Abgrenzung erforderlich. Es empfiehlt sich, die erwähnten Fälle getrennt zu behandeln.

I. Der selbstverschuldete Irrtum.

1. Da § 119 auf Verschulden des Erklärenden nicht abstellt, kann er seine Willenserklärung anfechten, nicht nur dann, wenn ihm der Irrtum schuldlos unterlaufen ist, sondern selbst dann, wenn er ihn verschuldet hat[1]. Die Anfechtung belastet aber den Anfechtenden nach § 122 mit der Verpflichtung, den anderen dessen "Vertrauensschaden"[1], d. h. denjenigen Schaden zu ersetzen, den er durch Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung hat, jedoch nicht über das Interesse hinaus, das dieser an der Gültigkeit der Erklärung hat ("Erfüllungsinteresse"). Diese Verpflichtung setzt nach § 122 wiederum kein Verschulden voraus[2], ist

---

1) Gesetzgeberisch wäre es als Sanktion des verschuldeten Irrtums seitens des Irrenden anstatt der Anfechtung mit der Folge der negativen Schadensersatzpflicht die Aufrechterhaltung der Erklärung mit der (selbstverständlichen) Folge der Erfüllung denkbar. Ein solcher Standpunkt findet freilich im BGB keine Grundlage.

2) § 122 gehört deshalb nicht zur Lehre von c.i.c. Wollte man sagen, daß jedem, der eine Willenserklärung abgibt, die Pflicht obliege, nicht zu irren, sondern richtig und begründet zu erklären, und daß demzufolge jeder Irrtum als ein Verschulden anzusehen sei, so würde dies den Begriff des Verschuldens nach dem Vorbild Jherings, übermäßig ausdehnen. So die h.M.; Staud.-Coing § 122.2; Soergel-Hefermehl § 122.7; Oertmann § 122.6; Flume § 26.7; Larenz, Allg. Teil § 26 IIc, S. 398, Anm. 1; Steinberg, a.a.O., S. 21 f. Problematisch ist jedoch der Rechtsgrund. Vielfach sagt man, § 122 beruhe auf dem "Veranlassungsprinzip" (etwa Ennec.-Nipp. § 171 I). Das ist insofern wichtig, als die Haftung nicht Verschulden voraussetzt. Dennoch haftet der Anfechtende nicht nur, weil er den Schaden "veranlaßt" hat; vielmehr ist für die Grundlage der Haftung entscheidend, daß der Schaden aus der Hingabe des Worts, d. h. aus einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, entsteht. Die Haftung ist somit, auch wenn sie durch das Gesetz bestimmt wird, eine rechtsgeschäftliche Haftung, eine solche auf Grund rechtsgeschäftlicher Erklärung (so Flume § 21 7, S. 422/3). Aber auch diese, jedenfalls richtige Feststellung, würde den Grund der Haftung noch nicht endgültig treffen. Vielmehr muß man annehmen, § 122 enthält den allgemeinen Rechtsgedanken, daß jemand, der auf den Bestand eines Rechtsgeschäfts vertraut hat oder vertrauen durfte, dadurch Schaden erleiden soll, wenn es aus einem allein bei dem anderen Vertragsteil liegenden Grunde unwirksam ist oder wird (RGZ 170, 69). Die Haftung ist mithin ein Ausdruck des allgemeinen Vertrauensgedankens, der Schaden ein reiner Vertrauensschaden (Blomeyer § 33 III; Larenz, a.a.O. und SchuldR. § 4 V; vgl. Stoll, AcP 131, 176).

vielmehr eine reine Vertrauenshaftung. Fällt aber dem Erklärenden ein Verschulden zur Last, so kommt daneben auch eine c.i.c. in Betracht[3]. Aber auch dann geht die Ersatzpflicht aus c.i.c. nicht über das Erfüllungsinteresse hinaus, § 122 hat insofern abschließende Wirkung[4]. Liegt die ratio des § 122 darin, daß der Getäuschte nicht besser gestellt werden darf, als durch Erfüllung eben des geplanten Vertrages[5], so gilt dies gleichfalls bei der c.i.c. des Partners; denn Folge des Verhaltens ist auch hier eben der Entgang der Vertragsleistung[6].

Indessen differenziert sich die c.i.c. des Anfechtenden von seiner Ersatzpflicht nach § 122 insofern, als er nach dieser Bestimmung nur diejenigen Aufwendungen des Gegners zu ersetzen hat, welche ihm erst nach der Abgabe der Willenserklärung entstanden sind, diejenigen also, die nur im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung gemacht sind[7]. Die Aufwendungen, die zeitlich vor der Willenserklärung liegen, können folglich nur unter dem Gesichtspunkt der c.i.c. ersetzt verlangt werden.

2. Da die letztwillige Verfügung keinen Vertrauensschutz rechtfertigt, ist der Anfechtende im Gegensatz zur Regelung beim verkehrsrechtlichen Irrtum (§ 122) beim Irrtum des Erblassens nicht zum Ersatz des Vertrauensinteresses verpflichtet, § 2078 III. Infolgedessen kann der Anfechtende bei verschuldetem Irrtum des Erblassers auch nicht nach den Grundsätzen der c.i.c. schadensersatzpflichtig sein[8].

---

3) Ennec.-Nipp. § 71 4; Berger, a.a.O., S. 53.
4) Ennec.-Nipp., a.a.O.; Berger, a.a.O.
5) Vgl. Blomeyer § 33 III, 2c.
6) Bezieht sich aber die c.i.c. des Anfechtenden nicht auf den Irrtum, sondern etwa auf den Inhalt des Vertrags, ohne daß dies Rechtsgrund des Nichtzustandekommens des Vertrages ist, so erscheint eine Begrenzung durch das Erfüllungsinteresse nicht gerechtfertigt, und zwar auch dann nicht, wenn der Irrende seine Erklärung wegen Irrtums angefochten hat. Denn diese Ersatzpflicht steht mit der Anfechtung in keinerlei Zusammenhang; sie bestünde dann auch in voller Höhe, wenn der Vertrag gültig zustande käme. Vgl. Ennec.-Nipp. § 171 II 4, Anm. 7; Soergel-Hefermehl § 122.7; Steinberg, a.a.O., S. 119; Berger, a.a.O.
7) So mit Recht Staud.-Coing § 122.9, der weiter annimmt, daß dieser Grundsatz einer Einschränkung für die Kosten des Vertragsschlusses selbst bedürfe. Das ist doch billig. Man darf aber bemerken, daß die Vertragskosten in der Regel erst nach der Abgabe der Willenserklärung erwachsen.
8) Einhellige Meinung; vgl. etwa v. Thur II 1, S. 538; Kipp-Coing, Erbrecht § 24 VI; Bartholomeyczik, Erbrecht § 24 IV 3; U. v. Lübtow, Erbrecht § 9 I a.E.; Brox, Erbrecht Rdn. 238c; Staud.-Seybold § 2078.18; Plank-Plad § 2078.4.

II. Der Irrtum aus Verschulden des Partners.

Das Gesetz hat in § 122 II der Lage gedacht, daß der Empfänger der anfechtbaren Erklärung den Anfechtungsgrund, d. h. den Irrtum des Erklärenden, kannte oder kennen mußte. Danach soll die mit der Anfechtung nach § 122 I verbundene Schadensersatzpflicht des Anfechtenden nicht eintreten. Diese Regelung ist rechtspolitisch durchaus gerechtfertigt. Sie beruht auf dem gleichen Gedanken wie § 122 I. Der Erklärungsgegner kann auf die Gültigkeit der Erklärung nicht vertrauen, wenn er deren Mangelhaftigkeit, d. h. den Irrtum des Erklärenden, (positiv) kennt, darüber hinaus aber auch, wenn er mit einem Irrtum des Erklärenden rechnen mußte[9].

In § 122 ist nur der Fall vorgesehen, daß der Erklärungsgegener den Irrtum des Erklärenden kannte oder kennen mußte. Was gilt aber, wenn er selbst den Irrtum seines Partners herbeigeführt hat ohne diesen Irrtum zu kennen oder kennen zu müssen. Selbstverständlich handelt es sich um einen anderen Fall. § 122 befaßt sich mit der Haftung des Erklärenden, wenn ein - in seinem Bereich liegender - Zwiespalt zwischen seinem Willen und Erklärung, die Entstehung aber des Willens selbst auf seiner freien Entschließung beruht. In dem in Frage kommenden Fall dagegen handelt es sich um keinen Widerspruch zwischen dem Gewollten und dem Erklärenden, die Entstehung jedoch des Willens beruht nicht auf freier Entschließung des Wollenden, sondern auf unzulässiger Beeinflussung durch den Erklärungsgegner. An diesen Fall hat das Gesetz nicht gedacht. Die Lösung kann deshalb nur im Wege der Auslegung ermittelt werden. Hier muß man auf die ratio des § 122 II abstellen. Ist das Vertrauen des Erklärungsgegners bei Kennen oder Kennenmüssen des Irrtums nicht schutzwürdig, so soll es erst recht dann nicht geschützt werden, wenn er selber auch schuldlos, den Irrtum herbeigeführt hat. Die im § 122 II angegebene

---

9) So z. B., wenn ein Unternehmer in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen ganz unübliche Bedingungen aufgestellt hat und der Kunde deshalb den Vertrag wegen Irrtums anficht; dann müßte der Unternehmer mit diesem Irrtum des Partners rechnen (das Beispiel stellt einen Fall des "Kennenmüssens" i. S. des § 122 II dar; Staud.-Coing § 122.5 a.E.). Auf den Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer sich seinerseits sorgfältig ist; Ramm, Einf. in das Privatrecht II, G 416. - Das Kennenmüssen ist nicht nach der subjektiven Veranlassung, sondern nach dem zu bestimmen, was ein verständiger, normal veranlagter Mensch unter gleichen Umständen erkannt haben würde; vgl. RG DJZ 03, 322; Staud.-Coing, a.a.O.; Flume, S. 424.

Rechtsfolge muß folglich auch in diesem Fall eintreten, der Schadensersatzanspruch aus § 122 I muß auch hier entfallen[10]. Hat ferner der Erklärungsgegner (obgleich schuldlos) den Irrtum des Erklärenden mitverursacht, so erscheint eine Minderung entsprechend den Nachteilen an der Verursachung nach § 254 geboten[11]. Die Verursachung des Irrtums durch den Anfechtenden läßt die Verursachung durch den Anfechtungsgegner nicht rechtlich bedeutungslos werden - und umgekehrt; das Gegenteil kann sich weder aus dem Vertrauensgedanken noch gar aus dem "Veranlassungsprinzip" oder dem Gedanken der "Risikoverteilung" abgeleitet werden.

Soll aber nun der Erklärungsgegner, wenn er den Irrtum des Erklärenden verschuldet hat, seinerseits den auf sein Verschulden zurückzuführenden etwaigen Schaden des Beirrten ersetzen? § 122 läßt sich gegen eine solche Ersatzpflicht des Erklärungsgegners nicht anführen. Er spricht sich nur über die Haftung des Erklärenden, nicht seines Gegners, aus. "Beschädigt" ist hier nicht der Erklärungsgegner, sondern der Erklärende selbst, und zwar dadurch, daß er infolge

---

10) So die h.M.; RGZ 81, 398 f.; BGH, NJW 69, 138 (beiläufig); RGRK-Krüger-Nieland § 122.4; Staud.-Coing § 122.6a; Plank-Flad § 122.7; Ennec.-Nipp. § 171 II 5, S. 1059; Lehmann-Hübner § 34 III 2b; Oertmann § 122.4c; Palandt-Danckelmann § 122.2; Flume § 21 7 (S. 424); Larenz I, S. 389; Titze, Festschr. für Heymann, S. 110; Stoll AcP 131, 176; Hildebrandt, a.a.O., S. 193; Medicus JuS 65, S. 211, Anm. 21; Rothoeft, System der Irrtumslehre, S. 154/155, 171/172. Allerdings weicht man bei der Begründung ab. Das RG (in der eben zitierten Entscheidung, aus dem Jahre 1913) hat angenommen, daß dem Ersatzanspruch nach § 122 eine exceptio doli generalis entgegensteht (ebenso Staud.-Coing, a.a.O.). Mit Recht bemerkt aber Flume (a.a.O.), man sollte so heute nicht mehr argumentieren, sondern ohne diese rechtstechnische Umschreibung sagen, daß der Anspruch nicht gegeben sei. Ennec.-Nipp. leitet den Ausschluß der Haftung wieder aus dem "Veranlassungsprinzip" (sowohl auch das BGH, a.a.O.); dazu vgl. aber schon oben S. 85, Anm. 2. Lehmann-Hübner, a.a.O., geht davon aus, daß derjenige, der den Irrtum veranlaßte, grundsätzlich die Nachteile selbst zu tragen habe, da er die Gefahr ihres Eintritts eher beherrschte als der Gegner ("Risikoverteilung"); das ist grundsätzlich richtig, aber insofern nicht nötig, als sich der Ausschluß der Haftung schon aus Vertrauensgedanken zwanglos - wie im Text - ergibt.

11) h.M." BGH, a.a.O.; Ennec.-Nipp., a.a.O.; Lehmann-Hübner, a.a.O.; Soergel-Hefermehl, a.a.O.; Flume, a.a.O.; Lange, Allg. Teil § 55 V 4c. Das RG, a.a.O., gab auch hier die Arglisteinrede (ähnlich auch Staud.-Coing, a.a.O.).

schuldhafter Unterdrückung wahrer oder Angabe falscher Tatsachen, also infolge schuldhafter Verletzung der Offenbarungspflicht seitens des Gegners, zum Irrtum und damit zur Abgabe der Erklärung geführt hat. Die Sach- und Rechtslage ist hier verschieden. § 122 spricht nur von dem Vertrauensschaden bzw. Vertrauensanspruch des Erklärungsgegners. Der Vertrauensschaden liegt aber hier dagegen auf der Seite des Erklärenden. Seinen entsprechenden Anspruch darauf, in die Lage gebracht zu werden, in der er sich befinden würde, wenn er - irrtumsfrei, d. h. ohne das Verschulden des Gegeners - die Erklärung nicht abgegeben hätte, kann somit § 122 nicht ausschließen. Zwar steht dem Erklärenden das Anfechtungsrecht nach § 119 stets zu. Jedoch reicht es nur bis dahin, daß er das eventuell bereits Geleistete - gegen Rückgabe der Leistung des anderen - zurückfordern kann; es umfaßt selbstverständlich nicht den Schaden (auch den entgangenen Gewinn), den er anläßlich des Vertragsschlusses oder der begonnenen Vertragsausführung im Vertrauen auf das verläßliche Verhalten des Gegners erlitten hat. Diesen Vertrauensschaden kann er sehr wohl neben der Anfechtung nach den Grundsätzen über die c.i.c. ersetzt verlangen[12]. Trotzdem darf der Vertrauensschaden auch hier nicht über das Erfüllungsinteresse hinausgehen; nicht nur der Erklärungsempfänger, sondern aus dem gleichen Grunde auch der Erklärende darf nicht besser gestellt werden als durch Erfüllung des beabsichtigten Vertrages. Kommt nun nur ein Mitverschulden des Erklärungsempfängers in Betracht, so kann § 254 wiederum Platz greifen[13]; der Erklärungsgegner ist dann teilweise aus c.i.c. verpflichtet und teilweise aus § 122 I berechtigt[14].

Die beschriebene Rechtsfolge tritt nicht nur dann ein, wenn der Erklärungsgegner den Irrtum des Erklärenden schuldhaft erweckt, sondern auch, wenn er schuldhaft unterläßt, über den von ihm erkannten Irrtum des Erklärenden ihn aufzuklären,

---

12) So auch Titze, HWB dRW VI, S. 519; Stoll, a.a.O.; Hildebrandt, a.a.O.; Berger, a.a.O.; Soergel-Hefermehl § 122.8; Lange, a.a.O.; Rothoeft, a.a.O., S. 172; Wintterlin, Die Haftung für fahrlässige Irreführung, S. 87. Die in diesem Zusammenhang im Schrifttum zu findenden Hinweise auf RGZ 116, 15, 19 sind - wie in BGH, NJW 69, 138 mit Recht bemerkt wird - nicht glücklich; dort ging es nicht um die Verursachung des Irrtums, sondern darum, ob der Geschädigte schuldhaft die Abwendung oder Minderung des Schadens unterlassen hatte (BGH a.a.O. selbst geht auf die Frage der Ersatzpflicht nicht ein). - Solche aus einem Verschulden des Anfechtungsgegners abgeleiteten Schadensersatzansprüche des Anfechtenden sind auch im Zivilgesetzbuch Sowjetrußlands (§ 151 Abs. 2) und im ungarischen Entwurf des BGB vom Jahre 1914 (§ 780 Abs. 2) ausdrücklich anerkannt; Titze, a.a.O.

13) Lange, a.a.O.

14) Vgl. Hildebrandt, a.a.O.

auch dann also, wenn er den Irrtum des anderen unterhält; denn es handelt sich nach wie vor um das gleiche rechtswidrige Verhalten, die gleiche Pflichtverletzung.

Das Gesagte gilt aber nur, wenn sich die Erweckung oder Aufrechterhaltung des Irrtums seitens des Erklärungsgegners auf einen Irrtum i. S. des § 119 bezieht, weil § 122 nur mit diesem Irrtum verbunden ist. Ob den Erklärungsgegner eine Haftung für Erweckung oder Unterhaltung auch eines i. S. des § 119 unerheblichen bloßen Motivirrtums trifft, kann nur im Rahmen des - selbst diesen Irrtumsfall betreffenden - § 123 beantwortet werden.

Zusammenfassend wird man also sagen dürfen: Niemand darf durch sein falsches Verhalten - verabscheute Aufklärung - einen rechtserheblichen Irrtum in dem anderen erregen oder unterhalten, der ihn zur Abgabe einer Willenserklärung oder zum Vertragsabschluß bewegen könnte. Verletzt man diese Verpflichtung schuldhaft, so haftet man aus c.i.c. auf Herstellung der Lage, die ohne die Erklärung oder den Vertrag bestanden hätte.

Der tiefere Grund dieses Satzes, dessen praktische und dogmatische Wichtigkeit offensichtlich ist, liegt in dem Schutz der rechtsgeschäftlichen Entschließungsfreiheit, die von der Privatautonomie grundsätzlich vorausgesetzt wird.

2. Verhältnis zu § 123

I. Der zuletzt aufgestellte Satz bleibt von § 123 unberührt. § 123 hat mit dem Irrtum i. S. der §§ 119, 122 nichts zu tun. Er behandelt nur diejenigen Irrtumsfälle, die von den §§ 119, 122 nicht erfaßt sind, also nur die Fälle des bloßen Motivirrtums. Dies ist im näheren folgendermaßen zu begründen:

Die Begrenzung der Beachtlichkeit des Irrtums nach § 119 besteht darin, daß der Irrtum im Beweggrunde (Motivirrtum) grundsätzlich unerheblich ist. Das Geschäft ist dann - wenn nicht etwa außerdem noch ein Irrtum i. S. des § 119 vorliegt - regelmäßig nicht anfechtbar. Nun aber soll nach § 123 die Unerheblichkeit des Motivirrtums dann aufhören, wenn er durch "arglistige Täuschung" - d. i. die vorsätzliche, also gewollte Erregung oder Aufrechterhaltung einer irrigen Vorstellung, sei es durch Vorspiegelung falscher oder durch Verschweigung wahrer Tatsachen, um dadurch den Entschluß des Erklärenden zu beeinflussen - herbeigeführt oder unterhalten worden ist. Dann ist das Geschäft wiederum anfechtbar, und zwar gleichfalls ohne Rücksicht darauf, ob den arglistig getäuschten ein eigenes Verschulden trifft oder nicht. Die Regelung des § 123 geht also parallel zu der des § 119 in dem Sinne, daß beide die Anfechtbarkeit begründen. Diese Vorschriften unterscheiden sich aber wesentlich darin, daß § 119 die Anfechtbarkeit nur bei Vorliegen eines "Erklärungs-" (Abs. I) oder "Eigenschaftsirrtums" (Abs. 2) regelt, während § 123 - unter der Voraussetzung, daß eine "arglistige Täuschung" vorliegt - die Anfechtbarkeit im Fall des Motivirrtums anordnet. § 123 geht also insofern weiter, als er die Anfechtbarkeit für einen Fall vorschreibt, der im § 119 nicht mit erfaßt ist. § 123 bezieht sich nur auf diesen Fall. Mit dem Irrtum i. S. des § 119 hat er nichts zu tun. Ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums i. S. des § 119, falls er durch "arglistige Täuschung" i. S. des § 123 herbeigeführt (unterhalten) worden ist, einzuräumen, wäre nur überflüssig und bedeutungslos, weil dieses Recht bereits nach § 119 ohnehin, d. h. nicht nur bei "Arglist", sondern auch bei Fehlen sogar jeden Verschuldens, gegeben ist. Zwar ist das Anfechtungsrecht nach § 123 mit "eigenen" Nebenfolgen verbunden, nämlich dem Ausschluß der Schadensersatzpflicht des Anfechtenden[1] und der Jahresfrist nach

---

1) Das ergibt sich schon aus der Gegenüberstellung des Wortlauts der §§ 122, 123.

§ 124 (im Gegensatz zu § 121, "unverzüglich"). Trotzdem könnte der Anfechtende diese Rechte auch ohne die Vorschrift des § 123 schon anderswie erreichen. Der Ausschluß der Ersatzpflicht ergäbe sich bereits aus § 122: der Anfechtende ist sogar schon bei unverschuldeter Erregung (Aufrechterhaltung) des Irrtums durch den Anfechtungsgegner nicht schadensersatzpflichtig[2]. Ferner hätte er die einjährige Anfechtungsfrist nach § 124 zwar nicht, er müßte also dann gem. § 121 "unverzüglich" anfechten; jedoch könnte er, falls er gem. § 121 anzufechten versäumte, an Stelle der Anfechtung sogar Schadensersatz nach den Vorschriften der unerlaubten Handlung (§§ 826, 823 i.V.m. 263 Str. GB.) innerhalb dreijähriger Frist (§ 852) oder wegen c.i.c. innerhalb der allgemeinen Frist (§ 195) geltend machen[3]. Daraus ergibt sich eindeutig, daß die Vorschrift des § 123 nicht zum Nutzen dessen aufgestellt ist, der die betreffende Rechtsfolge ohnehin auf anderem Wege bereits erreichen könnte. Fehlte § 123, so hätte der arglistig Getäuschte in der Tat sicher nichts weniger. Diese Bestimmung erlangt erst beim Motivirrtum volle Bedeutung[4]. Zu deren Tatbestand gehört also notwendig nur der Motivirrtum, weil § 123 nur dessen Rechtsfolge anordnen will.

Bezieht sich § 123 nicht auf den Irrtum i. S. des § 119, so kann er nun auch nicht die Ersatzpflicht des Anfechtungsgegners wegen schuldhafter (fahrlässiger) Erregung oder Unterhaltung eines derartigen Irrtums bei dem Anfechtenden ausschließen. Insbesondere läßt sich nicht einwenden, da nach § 123 Grundlage der Anfechtung nur der durch arglistige Täuschung hervorgerufene Irrtum ist, sei es unzulässig, wo bloß fahrlässige Täuschung im Spiel ist, auf dem Umweg über einen Schadensersatzanspruch dieselbe Wirkung herbeizuführen, wie sie bei der durch die ausgeschlossene Anfechtung eintreten würde. Dieses Argument kann, und zwar mit aller - wie auf den ersten Blick scheint - Überzeugungskraft nur im Bereich

---

2) Vgl. oben S. 87ff.

3) Daß dem arglistig Getäuschten diese Rechte zustehen, ist unzweifelhaft. Vgl. unten S. 92, Anm. 8.

4) Es ist eine ganz andere Frage, ob die Anfechtung wegen eines durch arglistige Täuschung verursachen Irrtums i. S. des § 119 auch auf § 123 gegründet werden kann. Dies ist lediglich eine Konkurrenzfrage, die fast allgemein mit Recht bejaht wird; z. B. Staud.-Coing § 123.28; Soergel-Hefermehl § 123.51; Larenz, Allg. Teil, S. 403. Aber die Sache ist nicht, ob § 123 die Anfechtung auch wegen eines Irrtums i. S. des § 119 erlaubt, sondern, ob er eben dieses regeln will.

des reinen Motivirrtums (§ 123) in Frage kommen[4a]. Im vorliegenden Fall ist es aber schon gegenstandslos, weil hier die Anfechtung auch bei fahrlässiger Täuschung, und zwar nach § 119 eintritt. Schließt § 123 die Anfechtung wegen fahrlässiger Herbeiführung eines Irrtums i. S. des § 119 nicht aus, so kann dadurch auch nicht der Schadensersatzanspruch hierwegen ausgeschlossen sein.

Dieses Ergebnis erscheint als rechtspolitisch unabweislich. Niemand soll in seinem Geschäftsgegner einen Irrtum über den Inhalt der von ihm abgegebenen Erklärung oder über Eigenschaften des Geschäftsgegenstandes, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, schuldhaft erwecken oder unterhalten, so daß er ein fehlerhaftes Geschäft abschließt. Die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit soll - wenigstens insoweit - vor unzulässiger Beeinflussung durch den anderen abgesichert werden.

II. Was gilt nun aber in den Fällen des bloßen Motivirrtums? Soll die Entschließungsfreiheit des Erklärenden über die Fälle der arglistigen Täuschung nach § 123 hinaus noch bei fahrlässiger Irreführung bewahrt bleiben?

Gegen die Annahme eines Schadensersatzanspruchs des Erklärenden wegen fahrlässiger Verursachung oder Unterhaltung eines Motivirrtums scheint vor allem das oben erwähnte Argument zu sprechen: Die bei fahrlässiger Täuschung durch § 123 ausdrücklich ausgeschlossene Anfechtung dürfe nicht durch einen Ersatzanspruch ersetzt werden; ein solcher Versuch führe notwendig zur Umgehung dieser Bestimmung[5].

Trotz ihrer logischen Klarheit ist diese Auffassung nicht begründet. Man muß auf folgende Gesichtspunkte abstellen:

Mit der Einführung der Anfechtbarkeit in den Bereich der bloßen Willensbildung hat der Gesetzgeber keine anderen Sachverhalte treffen wollen als die, die schon im früheren Recht zu einer actio doli berechtigten[6]. In der gemeinrechtlichen Doktrin behandelte man die unter arglistiger Täuschung ("Betrug") hervorgerufene Willenserklärung als gültig und legte der Beeinflussung nur die Wirkung

---

4a) Vgl. unten unter II.
5) So Medicus JuS 65, 209, 211; Esser § 52 IV 1 (S. 378) und schon Titze HWBRW VI, S. 519 f.
6) Henrich, AcP 162, S. 89.

bei, daß die Parteien obligatorisch verpflichtet seien, untereinander sich so zu behandeln, als ob die Willenserklärung nicht abgegeben worden wäre; der Beeinflußte erhielt eine Einrede (exceptio doli), die er gegen das Erfüllungsbegehren des Betrügers vorbringen konnte, und einen Wiederherstellungsanspruch (actio doli), der ihm nur gegen den Betrüger und seine Rechtsnachfolger, nicht aber gegen Dritte zustand[7]. Die derart beeinflußte Willenserklärung hat nun in § 123 der Gesetzgeber anfechtbar erklärt und eine dingliche Wirkung der Anfechtbarkeit in § 142 normiert; hinsichtlich der Haftung des "Betrügers" hat er auf das Recht der unerlaubten Handlung hingewiesen[8]. Einen anderen Tatbestand, namentlich den der fahrlässigen Täuschung, hat er nicht regeln wollen. Dies braucht nicht zu befremden. Dieser Fall bildet einen der Grundfälle der culpa in contrahendo. Der aus einer c.i.c., also fahrlässiger Täuschung, entstehende Schaden stellt eine reine Vermögensbeschädigung dar, die unter keinen deliktischen Tatbestand fällt, und in dieser Hinsicht nicht ersatzfähig ist. Nun wollte der Gesetzgeber die c.i.c. nicht gesetzlich regeln, sondern diese Frage der Wissenschaft, und zwar mit folgendem bekannten Hinweis, überlassen: "Ob begrifflich die Haftung für c.i.c. auf einem Eingriff in den fremden Rechtskreis, mithin auf eine unerlaubte Handlung oder auf die Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht zurückzuführen sei, ist eine Konstruktionsfrage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen werden darf"[9]. Die Rechtsfolge der c.i.c. wurde also von der Lösung dieser

---

7) Mot. I, S. 204; Staud.-Coing § 123.2 (S. 674); Henrich, a.a.O. Für den Umfang des Wiederherstellungsanspruchs war die Unterscheidung von dolus causam dans und dolus incidens von Bedeutung; vgl. Staud.-Coing, a.a.O. m.Nachw.

8) Mot. I, S. 207, 208. Den sich daraus ergebenden Schadenersatzanspruch sah der Gesetzgeber gegenüber der Anfechtung sogar als selbständigen an: "Der Verletzte kann von der Anfechtung Abstand nehmen und sich auf den Schadensersatzanspruch beschränken; er kann auch im Wege der Geltendmachung des Ersatzanspruchs die Wiederaufhebung des Rechtsgeschäfts verlangen; letzteres wird namentlich dann von Bedeutung, wenn die Präklusivfrist des § 124 I ungenützt verstrichen, der Ersatzanspruch aber noch nicht verjährt ist (§ 852). Der Verletzte kann ferner anfechten und außerdem, soweit bei nachteiligen Wirkungen der unerlaubten Handlung durch die Anfechtung nicht beseitigt wird, Ersatz beanspruchen", Mot. I, S. 208. So auch RGZ 79, 197; 84, 131; 103, 159; Staud.-Coing § 123.44 ff.; Lehmann-Hübner § 34 IV 3b; Ennec.-Nipp. § 176 I. Insoweit ist auch ein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt des "Verschuldens beim Vertragsabschluß", unbedenklich; RGZ 79, 197; 84, 131; Soergel-Hefermehl § 123.54; Larenz, Allg. Teil, S. 403. Dieser äußert sich vor allem in der 30jährigen Verjährung (§ 195).

9) Mot. I, S. 195.

Konstruktionsfrage abhängig gemacht. Damit sollte die mit der Fahrlässigkeit in contrahendo verbundene Vermögensbeschädigung rechtlich nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn man sich hinsichtlich der Einordnung der c.i.c. für das Deliktsrecht entschiede. Während man aber in den ersten 10 Jahren der Herrschaft des BGB durchaus im Zeichen der sog. Deliktstheorie[10] stand, ist es heute eine Selbstverständlichkeit, daß mit dem Eintritt in die Vertragsverhandlungen ein "Schuldverhältnis" entsteht, das zwischen den Verhandlungspartnern eine Sonderbindung mit einer gesteigerten Pflichtenerstellung schafft. Und es ist gerade das Ziel der heutigen Lehre der c.i.c., die Anwendbarkeit der Regeln über die vertragliche Sonderverbindung in das Stadium der Vertragsverhandlungen vorzuziehen[11]. Diese Grundlage ist der c.i.c. sogar zugesprochen, um damit auch das Vermögen als solches zu schützen. Folglich ist das "Schuldverhältnis" der Vertragsverhandlungen und die damit verbundene gesteigerte Pflichtenstellung in § 123 nicht berücksichtigt. Die fahrlässige Täuschung in contrahendo und die daraus entstehende Vermögensverletzung bildet einen Sonderfall, der mit der an die Stelle der actio doli getretenen Anfechtbarkeit nichts zu tun hat. Der Hinweis des Gesetzes auf das Recht der unerlaubten Handlung bezieht sich eben nur auf den in § 123 geregelten Tatbestand der arglistigen Täuschung. Über die fahrlässige Täuschung hat es sich nicht ausgesprochen, d. h. die Haftung hierwegen weder bejaht noch verneint, sondern auf die künftige Konstruktion der c.i.c. hingewiesen. Ist die Sache so, so würde es - vom Standpunkt des Gesetzes aus - nichts ausmachen, ob es durch den Schadensersatzanspruch aus c.i.c. bei fahrlässiger Täuschung zur Vertragsauflösung käme. Dies wäre wohl nur dann nicht zulässig, wenn auf diese Weise die Regelung des § 123 jede Bedeutung verlöre. Doch ist das nicht der Fall. Denn - abgesehen davon, daß eine rechtserhebliche Willenserklärung auch noch außerhalb von Schuldverhältnissen abgegeben werden kann - werden die Folgen der Beseitigung der Willenserklärung gerade nur bei Verschulden (c.i.c.) des Schädigers erfolgen. Außerdem geht die Wirkung der Anfechtung in gewisser Hinsicht weiter als die des

---

10) Vgl. statt aller Hildebrandt, a.a.O., S. 52 ff., et cit.
11) Vgl. schon R. v. Jhering, Jher.Jb. 4, I ff., 42: "...nicht bloß die bestehenden, sondern bereits die entstehenden Contactverhältnisse müßten unter dem Schutz der Regeln über die culpa stehen".

Schadensersatzanspruches. Während sich dieser in einem schuldrechtlichen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes erschöpft, führt die Anfechtung gem. § 142 auch zu einer, Dritten gegenüber wirksamen völligen Beseitigung der Schuldverpflichtung[12]. Wegen ihrer Wirkung gegen jedermann wird also die Anfechtung meist vorteilhafter sein als der Ersatzanspruch[13]. Somit bildet § 123 keine geschlossene Regelung, die den weiteren Tatbestand der c.i.c. nicht duldet[14].

Der Konkurrenz stehen nun auch keine anderen rechtlichen Bedenken gegenüber. Etwa daraus, daß bei nicht arglistiger Täuschung das beabsichtigte Geschäft nicht anfechtbar, also gültig ist, kann nichts dagegen geschlossen werden, weil nach heute allgemein anerkanntem Grundsatz die Haftung wegen c.i.c. auch dann eingreift, wenn das Geschäft gültig zustande gekommen ist. Ein Argument dagegen läßt sich ferner auch nicht etwa aus § 676, wonach - positiv ausgedrückt - Rat und Empfehlung[15] nur dann eine Haftung begründen, wenn ein Vertragsverhältnis oder eine unerlaubte Handlung vorliegt, ableiten. Diese Vorschrift spricht wohl nur für die c.i.c.; denn schon deren Wortlaut erlaubt den Schluß, daß wenn eine solche Haftung als rechtsgeschäftliche Pflichtverletzung erscheint, dann verantwortlich macht[16].

Immerhin steht die hier vertretene Ansicht auch mit dem Grund, der die grundsätzliche Unbeachtlichkeit des Motivirrtums erforderte, in Einklang. Dieser Grund war lediglich die Verkehrssicherheit[17]. Eine unbeschränkte Anfechtbarkeit wegen Irrtums würde fast jedes Geschäft mit einem unerträglichen Unsicherheitsfaktor belasten. Dieser Grund entfällt jedoch, sobald der Gegner den Motivirrtum schuldhaft verursacht hat. So gut die Verkehrssicherheit die Rechtsfolge bei schuldlosem Verhalten auszuschließen vermag, so schwer kann sie den Gesichtspunkt rechtfertigen, daß die Nachteile aus dem Verschulden des Partners nicht ihm selbst aufgebürdet, sondern gerade dem anderen, unschuldigen Teil angelastet werden sollen. Vielmehr muß man dabei auf den allgemeinen Grundsatz abstellen: Niemand soll aus seinem eigenen falschen Verhalten Vorteile ziehen. Rechtspolitisch soll

---

12) BGH NJW 62, 1196, 1998 (unter 5); dagegen aber Medicus, a.a.O., S. 212.
13) Ennec.-Nipp. § 176 I 2.
14) So im Ergebnis auch Erman AcP 139, 273; ders. Kommentar § 276.8a cc (S. 562); Erman-Westermann § 123.4; Stoll AcP 131, 177; Henrich, a.a.O., S. 98 ff.; Wintterlin, a.a.O., S. 87 f.
15) Darunter fällt auch die Erteilung einer Auskunft; h.L., etwa Staud.-Nipperdey § 676.4.
16) Vgl. etwa Staud.-Nipperdey § 676.13 m. Nachw.
17) Vgl. etwa Lehmann-Hübner § 34 III 1 e; Larenz, Allg. Teil, S. 374.

die Freiheit zur rechtsgeschäftlichen Willensbildung nicht nur vor einer arglistigen Täuschung geschützt werden. Der Verletzte darf wohl dem anderen auf jeden Fall entgegenhalten: Hättest du mich aufgeklärt, dann hätte ich den Vertrag nicht geschlossen, also kannst du aus ihm kein Recht gegen mich ableiten. Es ist kein stichhaltiger Grund erkennbar, weshalb die fahrlässige Verpflichtung der Offenbarungspflicht nur bei Erregung (Aufrechterhaltung) eines "wesentlichen" Irrtums rechtserheblich sein soll, nicht aber auch im Falle des bloßen Motivirrtums, zumal beide Irrtumsarten eben dieselbe Folge, den Vertragsabschluß, für den Getäuschten bedeuten. Ist der Tatbestand der Offenbarungspflicht gegeben, so macht es keinen Unterschied, ob durch deren Verletzung der Täuschende in dem anderen einen "wesentlichen" oder einen bloßen Motivirrtum erregt. Die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit, die die Offenbarungspflicht sichern soll, wird in beiden Irrtumsfällen gleichmäßig verletzt, sie soll also auch gleichmäßig geschützt werden[18].

18) So im Ergebnis auch Berger, a.a.O., S. 54.

III. Verhältnis zu Nichtigkeitstatbeständen.

1. Verhältnis zu § 125.1

I. Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nach § 125.1 nichtig. Diese Vorschrift stellt im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ein "reines Ordnungsrecht"[1] auf und beansprucht daher unbedingte Geltung. Die Rechtserfahrung hat jedoch gezeigt, daß diese Rechtsfolge ohne Ansehen des Falles nicht immer dem Rechtsempfinden entspricht. Sie verschafft der skrupellosen Partei ein Reurecht, das ihr die Lösung von einem Vertrage gestattet, der ihren Erwartungen nicht entsprochen, oder sich zu ihrem Nachteil entwickelt hat. Sie erscheint andererseits gegenüber demjenigen Geschäftspartner, der das Formerfordernis nicht gekannt oder sich doch auf das Versprechen des anderen verlassen hatte, mitunter als sehr hart. Dieser Rechtsfolge versucht man daher im Wege der Auslegung oder richterlichen Rechtsschöpfung vielfach auszuweichen: Teils wird der formnichtige Vertrag - sei es durch die Konstruktion der "unzulässigen Verufung auf den Formmangel" oder durch Einengung des Anwendungsbereichs des § 125 durch § 242 - als "gültig" behandelt, teils wird mit Schadensersatzansprüchen aus c.i.c. gearbeitet[2]. Eine Übereinstummung der Ansichten ist jedoch nach wie vor nicht erzielt worden. Die Schwierigkeit liegt in der Natur der Dinge. Wie ist über ein scheinbar aus § 125 folgendes, im Einzelfall aber als ungerecht empfundenes Ergebnis hinwegzukommen, ohne jedoch die Formstrenge auszuhöhlen? Man spricht sogar hier von einem "Kampfe zwischen jus strictum und jus aequum"[3], welcher aber möglichst verringert werden muß.

Was kann nun zur Lösung dieser Frage das Institut der c.i.c. beitragen? Ergäbe dessen Anwendung eine Lösung, die vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit annehmbar wäre, so wäre dies, da dabei die Nichtigkeit des § 125 naturgemäß unberührt bliebe, auch insofern wichtig, als damit die Diskussion um die parallele,

---

1) Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung II 2, 1952, S. 94.
2) Neben der genannten bestehen natürlich noch andere Lösungsmöglichkeiten (Zusammenfassende Behandlung jetzt bei D. Reinicke, Die Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, und Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971). So insbesondere das Prinzip der Heilung durch Erfüllung, das freilich nach h.L. de lege lata keine Allgemeingültigkeit besitzt (vgl. statt aller Flume § 15 III 3b); auf diese Frage ist hier nicht einzugehen.
3) Boehmer, a.a.O., S. 75.

aber schwierigere, ja empfindliche Frage der Aufrechterhaltung der formnichtigen Verträge sachgemäß eingeschränkt werden sollte. Es fragt sich somit, zu welchen Ergebnissen die Anwendung dieser Rechtseinrichtung führt. Hierbei sind die Fälle der Fahrlässigkeit von denen des Vorsatzes zu unterscheiden.

II. Eine c.i.c. kommt praktisch in der Form vor, daß eine Partei bei Vertragsschluß die andere fahrlässig in den Irrtum versetzt oder in dem Irrtum erhält, daß der Vertrag zu seiner Gültigkeit keiner Form bedürfe.

1. Daß zunächst die Haftungsregeln der c.i.c. hier anwendbar sind, sollte schon auf den ersten Blick nicht befremden. Vergleicht man § 125 mit den gleichfalls Nichtigkeitsfälle regelnden Vorschriften der §§ 306 f., 309, so fällt es zwar auf, daß bei § 125 kein Anspruch aus c.i.c. vorgesehen ist. Das durfte jedoch nicht etwa auf einem "beredten" oder "qualifizierten"[4], d. h. planmäßigen, Schweigen des Gesetzes beruht haben, zumal sich der Gedanke der c.i.c. im Gesetz nur "gelegentlich" durchsetzte, im wesentlichen aber die ganze Frage "der Wissenschaft überlassen"[5] wurde. Vielmehr steht man hier vor einer "offenen"[6] Gesetzeslücke; das Gesetz trifft keine Entscheidung, obwohl (nach dessen immanenter Teleologie) eine Entscheidung getroffen werden müßte. Rechtsprechung[7] und Lehre[8] haben diese Lücke in dem Sinn geschlossen, daß sie die Verletzung der Offenbarungspflicht hierbei zur Quelle einer Schadensersatzpflicht erhoben. Die Parteien sind auch bei formnichtigen Geschäften nicht gänzlich ohne Rechtsschutz; vielmehr stellt ihnen das Gesetz auch Schadensersatzansprüche zur Verfügung.

2. Damit ist aber die Sache nicht erledigt. Man bestreitet heute grundsätzlich

---

4) Zur Terminologie vgl. die Angaben bei Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 39 Anm. 101.

5) Mot. I, 195.

6) Vgl. unten S. 121 ff. die Gegenüberstellung zu "Kollisionslücke".

7) z. B. OGH Br.Z. NJW 49, 62, 63; BGH NJW 65, 812 u. 1269; vgl. RGZ 107, 357, wobei aber die c.i.c. in Verbindung mit dem Gedanken der "gegenwärtigen Arglist" gebracht wird (vgl. unten S. 119 Anm. 49), so daß eine eigenständige Lösung auf der Grundlage der c.i.c. nicht entwickelt wird.

8) Blomeyer § 33 III 2 a (S. 197); Flume § 15 III 4 c dd (S. 282 ff.); Esser § 52 III c (S. 375); § 6 III 3 c (S. 39 f.); Boehmer, a.a.O., S. 77, 97; Gernhuber, Festschr. f. Schmidt-Rimpler, 1957, S. 151, 165; Staud.-Weber § 242.D 417 ff.; Schlegelberger-Vogels § 242.36; RGRK § 125.7; Siebert-Hefermehl § 125.20; Siebert-Knopp § 242.341, 357; Pieper JuS 62, 409, 417; Ennec.-Nipp. § 154 III 4, Anm. 18; Lehmann-Hübner § 31 VII 4 b (S. 226); M. v. Bieberstein, NJW 65, 1014; D. Reinecke, a.a.O., S. 118 ff.; ders. DB 67, 109; Häsemeyer, a.a.O., S. 64 ff., 296 ff.; Nirk, Festschr. f. Möhring, S. 385, 398 f.; Serozan, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels, S. 86 ff.; Battes JZ 69, S. 683, 687 f.

nicht die Zulässigkeit eines Schadensersatzanspruchs aus c.i.c.[9], sondern bedenkt wohl nur die Reichweite einer derartigen Schadensersatzlösung, praktisch den Umfang der Haftung. Soweit das negative Interesse rechnerisch hinter dem Erfüllungsinteresse bleibt, darf dessen Ersatz stets zugelassen werden. Wie ist es aber, wenn das negative Interesse den Umfang des Erfüllungsinteresses erreicht oder sogar ihn übersteigt? Kann gemäß dem Prinzip des Kausalzusammenhangs auch ein so weitgehender Schadensersatzanspruch gewährt werden oder stünden vielleicht die von den Formvorschriften verfolgten Zwecke, die strikte Nichtigkeitsanordnung oder gar allgemeine Gesichtspunkte - wie die Privatautonomie - entgegen?

Mit Sicherheit soll man von dem den Umfang des Schadensersatzanspruchs aus c.i.c. ergebenden § 249 ausgehen. Danach hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der (jetzt) bestehen würde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Verhalten nicht eingetreten wäre. Dieses Verhalten liegt hier in der fahrlässigen Erregung oder Unterhaltung des Irrtums über das Formerfordernis. Welchen Zustand müßte denn hier der Schädiger herstellen? Wäre die zum Ersatz verpflichtende Irrtumserregung nicht eingetreten, so bestünde der (jetzige) Zustand entweder darin, daß kein formgültiger Vertragsabschluß erfolgt wäre, oder in einem formgültigen Abschluß. Beides ist möglich. Denn warum hätte der Schädiger nicht bereit sein sollen, denselben Vertrag abzuschließen? Es wird ihm ja nicht mehr an Leistung

---

9) Derartige Zweifel hat heute, soweit ersichtlich, nur Lorenz geltend gemacht. Er beruht vor allem auf dem Grundsatz der Risikoverteilung oder - mit seinen Worten - darauf, daß "die Formbedürftigkeit eines Vertrages sicher nicht einer jener Umstände ist, deren Prüfung regelmäßig nur von einem Teil erwartet werden darf, weil dieser allein in der Lage wäre, das zu prüfen" (AcP 156, 381, 400). Aber darum fehlt es doch nicht überhaupt an einem Vertrauenstatbestand. Zwar muß sich jeder Teil - und gerade deswegen, weil es sich nicht um einen Umstand aus der Sphäre des Geschäftsgegners handelt, sondern um einen solchen, dessen Vorliegen beide Teile in gleicher Weise angeht - in erster Linie selbst erkundigen, ob für das Geschäft eine Form vorgeschrieben ist. Das heißt allerdings nicht, daß ein Teil den anderen ohne weiteres etwa falsch informieren darf. Konnte sich doch der Geschäftsgegner selbst im konkreten Fall (!) über die Form unterrichten - daraus, daß der Formmangel generell erkennbar ist, folgt keineswegs, daß dessen Kenntnis allgemein erwartet werden kann (Canaris, Vertrauenshaftung, S. 278) -, so ist das nur als ein Mitverschulden anzusehen, wobei die gehörigen Grundsätze anzuwenden sind (dazu unten S. 116 f. und 138 ff.). Eine Aufklärung erscheint insbesondere dann geboten, wenn der eine Teil als rechtskundig auftritt und der andere erkennbar eine rechtlich unerfahrene Person ist. Dann besteht unzweifelhaft eine Rechtspflicht zur Belehrung (vgl. die Fälle der in Anm. 7 zitierten Entsch. des BGH; ferner Reinecke, DB 67, 109; ders. Rechtsfolgen, S. 120 f.) Eben um solche Tatbestände handelt es sich hier.

abverlangt, als er ohnedies zu erbringen bereit war[10]. Der herzustellende Zustand und damit der Umfang der Haftung ist also verschieden, je nachdem, ob der Vertrag wirksam zustande gekommen wäre oder nicht. Demgemäß sind die beiden Sachverhalte getrennt zu betrachten.

A. Hätte die Pflichtverletzung nicht zu einem formwirksamen Vertrag geführt, so wird nur der Vertrauensschaden, das negative Interesse geschuldet. Der Getäuschte kann nur Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages entstanden ist. Er braucht nur so gestellt zu werden, wie er ohne (wirksamen) Abschluß stünde. Von Erfüllungsinteresse kann hier nicht gesprochen werden. Der Vertrag bleibt so gut wie immer nichtig.

1. Zweifel können nur auftreten, wenn sich das negative Interesse als so hoch erweist wie das Erfüllungsinteresse[11]. Da die Gewährung des vollen negativen Interesses im Ergebnis dazu führt, daß der Schädiger, der den Vertrag nicht formgerecht abgeschlossen hätte, wirtschaftlich so stehen kann, wie er bei gültigem Abschluß stünde, erhebt sich die Frage, ob dieses Ergebnis mit den Wertungen der Formvorschriften, insbesondere mit dem von diesem hauptsächlich verfolgten Schutz vor Übereilung[12] vereinbar ist. Liegt also die c.i.c. bei der zu schützenden Partei[13], so ist zu ermitteln, wie sich dieses Verschulden zu diesem Schutzzweck verhält.

Der sog. Übereilungsschutz beruht auf dem Gedanken, daß mündlicher Vertragsschluß unüberlegter erfolgt als formalisierter. Die Innehaltung der Form ruft eine "geschäftsmäßige Stimmung"[14] hervor, die das Verantwortlichkeitsgefühl weckt, die Aufmerksamkeit auf das vorzunehmende Geschäft konzentriert und die Tragweite der Verpflichtung vor Augen bringt. Leicht wird gesprochen und versprochen, viel schwerer wird geschrieben und unterschrieben. Wenn man zur Feder greift, überlegt man mindestens doppelt so gründlich, wie bei einem Wort. Jeder vernünftige Mensch ist sich der Folgen seiner Unterschrift bewußt; er weiß ganz

---

10) Lorenz AcP 156, 381, 402.

11) Das ist der Fall, wenn etwa der Käufer nachweist, er hätte, falls er nicht auf die Wirksamkeit der Vertragsvereinbarung vertraut hätte, ein anderes Grundstück zu demselben Preis (100.000 DM) von einem Dritten erwerben können, was ihm jetzt infolge Steigerung der Grundstückspreise (um 100 %) nicht mehr möglich ist. Kann der Käufer auch Ersatz dieses negativen Schadens begehren? Vgl. Reinecke, Rechtsfolgen, S. 122; Siebert-Hefermehl § 125.20.

12) Vgl. vor allem die in der Praxis wichtigste Vorschrift des § 313.1. Ferner §§ 518 I, 566.1, 780, 781.1.

13) Die Frage entsteht ja nur dann; vgl. Medicus JuS 65, 209 (214).

14) Mot. I, 179.

genau, daß er mit seiner Unterschrift sich seinem Gegner ausliefert. Bei den Rechtsgeschäften, in denen die Form ihre Schutzfunktion schärfer äußern soll, hat das Gesetz die öffentliche Beurkundung vorgesehen. Mit dieser Form, die gegenüber der einfachen Schriftform eine erheblich größere Hemmung bedeutet, wird durch den Gang zum Gericht oder Notar und die Mitwirkung der Amtsperson der Ernst der Sachlage in erhöhtem Maße klargemacht.

Damit läßt sich nun mit Evidenz erkennen, daß das in der Verletzung der Offenbarungspflicht geäußerte Verhalten der zu schützenden Partei mit dem soeben beschriebenen Schutzzweck nichts zu tun hat. Die Überlegung, zu der die Form herausfordert, richtet sich eben auf die Eingehung der zu übernehmenden Verpflichtung; die Partei muß vor Abgabe einer bindenden Erklärung sorgfältig prüfen, ob sie das Geschäft - überhaupt oder mit dem gefaßten Inhalt - vornehmen soll. Die Offenbarungspflicht ist lediglich ein schlichter Hinweis auf die Notwendigkeit der Beobachtung der Form. Ein Berührungspunkt zwischen Schutzzweck und Offenbarungspflicht ist kaum sichtbar. Es handelt sich dabei nicht nur um funktionelle Unterschiede: Der Formzweck dient dem eigenen Interesse des zu Verpflichtenden, die Offenbarungspflicht dem Interesse der Gegenpartei. Formzweck und Offenbarungspflicht berühren sich nicht, und zwar nicht nur in ihren Zielrichtungen, sondern in keinerlei Weise. Die Erfüllung der Pflicht hat keinen Einfluß auf die Übereilung. Und dies nicht nur, weil der Verpflichtende zum fraglichen Hinweis nur zwei Minuten Zeit (!) braucht, sondern auch deswegen, weil die durch seinen Hinweis erlangte Kenntnis der anderen Partei seiner Überlegung über die Eingebung der Verpflichtung nicht im geringsten schadet. Im Gegenteil! Ja, man kann sogar sagen, daß die Kenntnis des Formerfordernisses seitens des Gegners in gewisser Hinsicht selbst der besonnenen Überlegung des Verpflichtenden hilft, und zwar insofern, als durch Aufforderung des Gegeners die Form in der Tat bewahrt wurde; denn nur eine tatsächlich bewahrte Form kann die zu schützende Partei vor Übereilung doch geschützt haben! [15] Kennt die Partei die Form, nimmt sie aber das

15) Vor übereilter Eingebung eines Geschäfts kann natürlich nicht die bloße Kenntnis der Form schützen, sondern deren Bewahrung selbst. Das Gesetz zwingt nicht zur Kenntnis, sondern eben zur Beobachtung; denn nicht schon durch die bloße Kenntnis, sondern nur durch bereits erfolgte Beobachtung kann der Schutzzweck erfüllt worden sein.

Geschäft formlos vor, so kann sie sich nun nicht auf "Übereilung" etwa mit der Begründung stützen, ohne Übereilung hätte sie die Form gewahrt. Denn vor Übereilung kann - wie soeben erwähnt - erst die eigentliche Wahrung der Form schützen, nicht schon deren Kenntnis an sich. Das wäre außerdem eine klare Berufung auf eigenes Verschulden. Da die Partei die Form nicht gewahrt hat, obwohl sie sie kannte, ist ja nur ihre eigene Schuld; nur durch ihr eigenes Verschulden hat sie nicht die vom Gesetz gewährte Möglichkeit ausgenützt, durch Beobachtung der Form sich selbst zu schützen. Die Partei muß mithin unbedenklich auf das volle negative Interesse haften.

Bei diesen Überlegungen wurde vorausgesetzt, daß die betreffende Partei die Formwahrung bei Vertragsschluß (positiv) kannte. Die Rechtslage soll nun nicht anders sein, wenn die gleiche Partei das Formerfordernis nur kennen mußte. Auch hier muß dem Geschädigten der gleiche Schadensersatz gewährt werden. Diese Annahme braucht auch hier nicht dem Übereilungsschutz zu widersprechen. Wenn - wie bereits erkannt - zur Überlegung nur die Formzeremonie selbst, also nicht schon die bloße Kenntnis der Formalität anhalten kann, so soll hierzu erst recht das bloße Kennenmüssen der Form nicht anhalten können. Kennen und Kennenmüssen der Form sind nur eine logische und sachliche Voraussetzung der Formwahrung; sie an sich sind nur Denk- und Sachmittel, die der eigentlichen Wahrung der Form dienen sollen. Aber nur die Wahrung selbst, also die dabei hervorgerufene geschäftsmäßige Stimmung, Aufmerksamkeit oder Zurückhaltung kann eine Hemmung bewirken. Das bloße Kennen oder Kennenmüssen der Form ohne deren Innehaltung kann auf den geschäftlichen Entschluß nicht hemmend einwirken. Die Formvorschriften befassen sich konsequent nur mit der Durchführung der Form, nicht aber auch mit dem Moment des Wissens oder Wissensmüssens; denn durch durch dieses Moment allein kann freilich die Partei nicht vor Übereilung geschützt werden. Oder genauer: Wer eine formbedürftige Erklärung - sei es, daß er die Formbedürftigkeit kennt, oder sie nur kennen mußte - formlos abgibt, kann vor deren Abgabe ebensowenig "überlegt" gehandelt haben wie vor der Abgabe einer nicht formbedürftigen Erklärung. Kennen und Kennenmüssen und die damit verbundene Offenbarungspflicht fallen deshalb überhaupt nicht unter die Schutzzwecke der Formvorschriften und sind somit nur nach allgemeinen Gesichtspunkten, d. h. nach den Grundsätzen der c.i.c., zu beurteilen. Nun kann z. B. der Verkäufer nicht etwa entgegenhalten: "Ich konnte mir nicht den Schutz des § 313 zunutze machen. Wenn ich nicht übereilt gehandelt hätte, so hätte ich die Form gekannt; damit wäre ich zum Notar gegangen und in diese geschäftliche

Atmosphäre der Bedeutung des Geschäfts bewußt geworden." Ein solcher Einwand wäre nur begründet, wenn sich der Schutzzweck der Formvorschrift auch auf das Einholen-Müssen der Formkenntnis erstreckte. Aber das ist sicher nicht der Fall. Das Gesetz will nur, daß die Form beobachtet wird, damit die zu schützende Partei gerade hierbei geschützt werden kann. Der eigentliche Schutz vor Übereilung bezieht sich nur auf die Beobachtung der Form und nicht auf die Verschaffung der Formkenntnis. Von Übereilungsschutz kann ja nur da geredet werden, wo er überhaupt möglich ist. Die Formvorschrift schützt nur die Gefahren aus dem spontanen Handeln, und dieser Schutz ist nur bei tatsächlicher Beobachtung der Form gegeben, denn nur die Formzeremonie kann in der Tat als Bremse wirken. Kann die zu schützende Partei bei bloßem Kennenmüssen nicht vor Übereilung geschützt werden, so kann die behauptete "Übereilung" in dieser Richtung auch nicht schutzwürdig sein. Eine derartige "Übereilung" gleicht rechtlich beinahe der "Übereilung" bei Vornahme eines nicht formgebundenen Geschäfts. Wenn sich die Partei darauf beruft, hätte sie nicht übereilt gehandelt, so hätte sie die Form gekannt und damit das Geschäft nicht vorgenommen, so ist das, da diese "Übereilung" nicht geschützt wird, nur eine Berufung auf eigenes Verschulden. Daß sie nicht in den Genuß der verzögerten Wirkung der notariellen Beurkundung kommen konnte, liegt eben nur in ihrer eigenen Schuld, weil sie unterließ, für die Einholung der Kenntnis der Form zu sorgen. Unter solchen Umständen ist der rechtlich unerfahrene Partner absolut im Recht, wenn er auch in diesem Fall eine Aufklärung über die Form geltend macht[16].

Der Formzweck kann demnach weder bei Kenntnis noch bei schuldhafter Unkenntnis der Form vereitelt werden, also niemals dann, wenn der Haftungstatbestand der Offenbarungspflicht vorliegt[17]. Das schuldhafte Verhalten hebt den vom Gesetz

---

16) A.A. jedoch Medicus (JuS 65, 209, 214; ders. Bürgerl. Recht § 8 III 3 c (S. 65 f.) und Lorenz (JuS 66, 429, 435, 436), die freilich einerseits den Tatbestand der c.i.c. (rechtliche Unerfahrenheit des Geschädigten) anscheinend verkennen, andererseits die Frage nach dem inneren Verhältnis des Verschuldens zu dem Formzweck gar nicht aufstellen. Wie hier, wenn auch nur im Ergebnis Reinicke, Betrieb 67, 109 f.; ders. Rechtsfolgen, S. 122 ff.; dieser Richtung auch Flume § 15 III 4 dd. (S. 282 ff.) und Siebert-Hefermehl § 125.20.

17) Hinsichtlich des Verschuldensgrades muß man selbstverständlich im einzelnen unterscheiden. Während bei §§ 313.1, 566.1, 780, 781 die Parteien jedes Verschulden zu vertreten haben, beschränkt sich die Haftung bei § 518 I seitens des Schenkers auf grobe Fahrlässigkeit (§ 521).

gewollten Schutz in keinem Fall auf. Das käme nur in Frage, wenn sich zwischen den beiden Momenten bestimmte Berührungspunkte aufzeigen ließen. Der Formzweck bleibt nach dem Obigen überhaupt unberührt. Die Regeln der Kausalität können mithin bis zu vollem Ersatz des negativen Interesses ungehindert funktionieren.

2. Die Kausalität muß erst dann "unterbrochen" werden, wenn der vom Erklärungsschuldigen zugefügte Schaden in seinem Wert größer als das Erfüllungsinteresse ist[18]. Aber immerhin nicht wegen Formzwecke! Dabei sind auch nur allgemeine Gesichtspunkte durchschlagend. Ließe man einen unbegrenzten Schadenersatzanspruch zu, so widerspräche es der allgemeinen Wertung, daß der Getäuschte nicht besser gestellt werden darf, als er stünde, wenn der Vertrag, auf dessen Gültigkeit er vertraut hat, wirksam wäre; andernfalls würde man ihm Ersatzansprüche zubilligen, die sich nicht mehr aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes rechtfertigen ließen[19]. Diese Wertung liegt auch dem § 307 (§ 309) zugrunde und ist wegen der Gleichheit der Interessenlage auch hier angebracht.

B. Wäre nun der Vertrag ohne die Irrtumserregung formgerecht geschlossen worden, so kann der Getäuschte wiederum Ersatz seines Vertrauensschadens geltend machen. Er kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Schädiger in ihm keinen Irrtum erregt und er dementsprechend nicht auf die Gültigkeit des formwidrig zustande gekommenen Vertrages vertraut hätte. Da aber dann - im Gegensatz zu dem oben gehandelten Fall - der Vertrag formgerecht abgeschlossen worden

---

18) Das ist der Fall, wenn etwa der Käufer, falls er nicht auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hätte, ein gleich wertvolles Grundstück von einem Dritten zu einem günstigen Preis (anstatt für 100.000 zu 90.000 DM) gekauft hätte. (Das Beispiel ist von Reinicke, a.a.O.). Der Käufer kann hier, wenn beide Grundstücke heute jeweils 200.000 DM wert sind, vom Verkäufer nur Ersatz von 100.000 DM (negatives Interesse begrenzt durch das Erfüllungsinteresse), nicht aber Ersatz von 110.000 DM (unbegrenztes negatives Interesse) beanspruchen; Reinicke, ebd. Mit Recht bemerkt dieser Autor ferner, daß diese Frage nicht entsteht, wenn der Kaufvertrag ohne das schuldhafte Verhalten des Verkäufers gültig (§ 313.1) zustande gekommen wäre. Dann beträgt der Schaden, den der Käufer erlitten hat, nur 100.000 DM. Wäre der Vertrag aber, wie hier, nicht formgültig abgeschlossen worden, dann beläuft sich der Schaden des Käufers auf 110.000 DM; der Käufer hätte ein gleich wertvolles Grundstück für 90.000 DM erworben. Es handelt sich hier also nicht darum, ob der Verkäufer diesen Schaden herbeigeführt hat. Es fragt sich vielmehr, ob der Verkäufer für den von ihm verursachten Schaden in vollem Umfang einstehen muß.

19) RGZ 151, 357, 358 f.; BGH WM 62, 347; Blomeyer § 33 II 2 c (S. 198); Esser § 52 IV 2 (S. 379); Siebert-Hefermehl, a.a.O.; Reinicke, a.a.O.; Plank-Sieber, Vorbem. zu §§ 275-292. I 4 b ß cc (S. 293); a.A. Fikentscher § 20 IV 4, 5 (S. 66) und Nirk, a.a.O., S. 389, 397; Häsemeyer, a.a.O., S. 298.

wäre[20], deckt sich hier der Vertrauensschaden mit dem Erfüllungsinteresse. Demgemäß nimmt die herrschende Lehre an, der Getäuschte habe Anspruch auf das Erfüllungsinteresse[21]. Diese Auffassung ist zu billigen.

Hiergegen hat Flume das Bedenken erhoben, die Gewährung des Erfüllungsinteresses wegen Verschuldung bei Vertragsabschluß bedeute einen Verstoß gegen den Grundsatz der Privatautonomie, weil mit dieser Meinung die Freiheit zum Vertragsschluß nicht beachtet werde[22].

Dieser Einwand wurde im Schrifttum dahin kritisiert, daß die h.M. keine Pflicht zum Vertragsschluß annimmt, sondern nur eine Pflicht zum Hinweis auf das Formerfordernis; und von da aus gelangt sie zum Erfüllungsinteresse über die anerkannten Kausalregeln[23]. Hätte die zum Ersatz verpflichtete Partei ohne das schuldhafte Verhalten den Vertrag formgerecht abgeschlossen, dann verstößt es nicht gegen die Privatautonomie, wenn dieser Umstand bei der Frage der Ersatzpflicht berücksichtigt wird; denn dann wird im Wege des Schadensersatzes der Zustand hergestellt, der eben dem Willen des Schädigers entsprochen hat[24].

Jedoch läßt sich der Gedanke Flumes nicht so einfach widerlegen. Hält man daran fest, daß der Eintritt in Vertragsverhandlungen keine Pflicht zum Vertragsschluß begründet, die Entscheidung hierbei vielmehr nach dem Prinzip der Privatautonomie frei bleibt, so müßte sie bei Argumentation betreffs des Schadens, der aus dem Gesichtspunkt der c.i.c. zu ersetzen ist, die Erwägung ausscheiden, daß der schuldhaft Handelnde auch einen formgültigen Vertrag abgeschlossen hätte. Anderenfalls käme man durch die Hintertür des Schadensersatzes zur Hypostasierung einer Verpflichtung zum Vertragsschluß. Auf die Wahrscheinlichkeit eines formgerechten Abschlusses könnte es daher schon deswegen nicht ankommen, weil im Rahmen der Vertragsverhandlungen noch keine Pflicht zum Vertragsabschluß bestehe. Aus

---

20) Die Beweislast trägt insoweit der Ersatzberechtigte. Er hat nachzuweisen, daß ohne die Erklärungsverletzung nicht nur er, sondern auch der Verletzer (damals) den Vertrag formgerecht abgeschlossen hätte; durchaus h.A., vgl. etwa Reinicke, Rechtsfolgen, S. 122 und Hildebrandt, S. 268 m. reich. Nachw.

21) z. B. BGH NJW 65, 812, 814; Blomeyer § 33 III 2 a (S. 197); Ennec.-Nipp. § 154 III 4 (S. 957/958); Lehmann-Hübner § 31 VIII 5 (S. 227); Gernhuber, a.a.O., S. 165; Siebert-Knopp § 242.357; Reinicke, Betrieb 67, 109 (111 ff.); ders. Rechtsfolgen, S. 126 ff.; M. v. Bieberstein NJW 65, 1015; Dömpke, a.a.O., S. 78 f.; vgl. auch Fikentscher § 22 11 a.

22) Flume § 15 III 4 c dd (S. 283); vgl. auch Esser § 6 III 3 c (S. 39/40) und Siebert-Hefermehl § 125.21; so schon Jacoby, Einwand der allg. Arglist (exc. doli) gegenüber der Berufung auf Formmangel von Rechtsgeschäften, Diss. 1928, S. 32 ff.

23) Medicus § 8 III 3 b (S. 65).

24) Reinicke, a.a.O.

der Wahrscheinlichkeit des Abschlusses könne nicht eine Pflicht zum Vertragsabschluß geschlossen werden. Sonach müßte der Akzent dabei nicht auf der Aufwertung des Verschuldens und des daraus resultierenden Schadensersatzanspruchs ruhen, sondern auf der vor dem Verschulden liegenden Pflicht. Denkt man also das Argument Flumes zu Ende, so heißt es, daß die Kausalregeln nicht bis dahin arbeiten dürfen, daß eine nach den Grundsätzen der c.i.c. nicht existierende Abschlußpflicht in der Sache konstruiert werde. Ob sich der Schädiger an der formlosen Erklärung festhalten lassen muß, hinge einzig und allein davon ab, ob eine solche Pflicht noch im Rahmen seiner vorvertraglichen Haftung liegt, und nicht etwa davon, ob er u.U. auch der formgerechten Abfassung zugestimmt hätte.

In sehr ähnlichem Sinne argumentiert auch Häsemeyer. Wenn die h.M. - so sagt er - die Entscheidung über den Umfang der Haftung auf § 249 stützt und dementsprechend davon abhängig macht, ob ohne das schuldhafte Verhalten einer Partei der Vertrag formgerecht geschlossen worden wäre, so bedeute es eine grundsätzliche Fehlinterpretation dieser Vorschrift, ein hypothetisches Verhalten des Schädigers als Maßstab der Schadensersatzpflicht zu nehmen. Denn ob auf Erfüllungs-, Vertrauens- oder Erhaltungsinteresse gehaftet wird, und wie die Grenzen einer solchen Haftung jeweils zu ziehen sind, sei allein nach dem § 249 vorgeordneten Haftungskategorien, d. h. hier nach den Maßstäben der Haftung aus c.i.c. zu entscheiden. Sie setzen für die Schadenshaftung die normativen Maßstäbe, deren konkreter Ausführung § 249 dienen solle[25].

Auch diese Argumentation vermag indessen nicht zu überzeugen. Stellt man zunächst auf die Ergebnisse ab, zu denen der angeführte Standpunkt führt, so dürfe man der treffenden Bemerkung Reinickes, daß die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten ohne die Möglichkeit der Erfüllungshaftung teilweise ohne Sanktion bliebe[26], unbedenklich zustimmen. Häsemeyer will jedoch die h.M. gerade in Hinblick auf ihr praktisches Resultat angreifen, und zwar insofern, als diese Meinung den Böswilligen gegenüber dem Redlichen priviligieren würde, weil die

---

25) Häsemeyer, a.a.O., S. 65 i.V.m.S. 41 f., 296 f.; vgl. auch Sezozan, a.a.O.
26) Reinicke, Rechtsfolgen, S. 128 f. (vgl. auch das ebd. genannte Beispiel).

Berufung auf ein böswilliges Umgehen der Bindung entlasten, das "Eingeständnis" redlicher Absichten dagegen belasten würde[27]. Allerdings wird diese - jedenfalls unhaltbare - Inkonsequenz ganz zu Unrecht der h.L. vorgeworfen. Denn niemand läßt heute den Böswilligen nur auf das negative Interesse haften[28]. Der Unterschied ist dabei nur, daß die Erfüllungshaftung bei Arglist anderweitig begründet wird. Eine einheitliche Begründung für beide Verschuldensgrade ist ja keinesfalls erforderlich.

Es fragt sich nun, ob wenigstens die Prämisse, von der die entgegenstehende Ansicht ausgeht, richtig ist. Die Antwort muß ebenfalls negativ ausfallen. Es gilt zwar doch als wesentliches Charakteristikum der Vertragsverhandlungen, daß sich die Verhandlungspartner mit der Eröffnung der Verhandlungen noch nicht rechtsgeschäftlich binden wollen; sie wollen die Freiheit des Entschlusses, ob und zu welchen Bedingungen sie abschließen, behalten. Diese Entschlußfreiheit gilt jedoch sinngemäß nur in dem noch beweglichen Stadium der Verhandlungen; gerade wer noch verhandelt, will sich nicht vertraglich binden. Nun ist es aber in unserem Fall so, daß die Verhandlungen mit Erfolg beendet sind. Das Geschäft ist bereits abgeschlossen: Die Parteien haben sich über die Begründung des Vertrages und dessen bestimmten Inhalt definitiv geeinigt, ihren Willen über die Herbeiführung der dem Geschäft entsprechenden Rechtsfolge schon endgültig erklärt. Das Rechtsgeschäft ist als äußerer Errichtungsakt bereits gegeben. Wenn es von der Rechtsordnung als "nichtig" bezeichnet wird, so bedeutet das nur, daß der im Rechtsgeschäft von den Parteien gesetzten Regelung die Rechtswirkung versagt wird, keineswegs aber, daß das Rechtsgeschäft als äußerer Tatbestand nicht vorhanden ist. Das Geschäft ist als vorgenommener Akt, als Geschehnis existent; ihm werden nur die Rechtsfolgen, auf die es hinzielt, versagt. Der geschehene Akt als solcher kann nicht ungeschehen gemacht werden. Ob das Geschäft gültig oder nichtig ist, betrifft nur seine - gewollte - Rechtsfolgen. Dessen tatbeständliches Vorliegen

---

27) Häsemeyer, a.a.O., S. 65.
28) Vgl. unten bes. S. 118 m. Anm. 46.

wird durch die Nicht-Geltung keineswegs ausgeschlossen[29]. Daher kann seine

---

29) So selbst Flume an anderer Stelle, § 30.1 (S. 547 f.), 4 (S. 550), 8 (S. 554 f.) Diese Ansicht entspricht jedenfalls der weitaus herrschenden Lehre; z. B. Lehmann-Hübner § 27 II 1 a (S. 169); Ennec.-Nipp. § 145 c (S. 907); § 202 I 4 (S. 1211); Siebert-Hefermehl, Vorbemerk. zu § 104.11, 12; vor § 116.2 (S. 445), 19 (S. 453). RGRK § 125.1; Thiele, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, S. 82 ff., 92 ff.; Staud.-Coing, Einleitung RZ 32 vor § 104; Larenz, Allg. Teil § 29 I (S. 445); Zepos, Festschr. f. J. Spiropoulos, 1957, S. 467; Boehmer, a.a.O., S. 94: "(Die Form) festigt zwar nicht die materielle, wohl aber die formelle Existenz des Vertrages"; Oertmann, Die Rechtsbedingung, Neudruck 1968, S. 27 ("...kein Nichtgeschäft, sondern nichtiges Geschäft"). Eingehende Analyse mit weit. Nachw. bei Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, S. 9 ff., 13 ff.
Die "materielle Existenz" des Vertrages muß hier eben deswegen unterstellt werden, weil hier nur die Folgen aus der Formnichtigkeit interessieren. Erst wenn es zu einem konkreten Vertragsschluß gekommen ist, kann sich die Frage einer Überwindung der Rechtsfolgen aus § 125 stellen. Aus diesem Grunde lassen sich die (heftig umstrittenen) sog. Hofübergabefälle (vgl. die führende Entsch. des BGHZ 12, 286; ferner BGHZ 16, 334; 23, 249) nicht in die Problematik der Formnichtigkeit einordnen (so auch Flume, a.a.O., S. 291; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 45; vgl. Medicus § 9 I 1 c, S. 73; Siebert-Hefermehl § 125.24; Coing, Deutscher Notartag 65, 29, 36). Dort fehlen die unabdingbaren Voraussetzungen dafür, einen formlosen Abschluß eines Übergabe- oder Erbvertrages oder eines Vorvertrages dazu (über diese Vertragsarten vgl. insbes. Schulte, RdL 56, 177) annehmen zu können. Es fehlt zunächst der (ausdrücklich oder stillschweigend erklärte) rechtsgeschäftliche Bindungswille seitens des Althofeigentümers, und zwar insofern, als dieser seinem - jahrelang auf dem Hof lebenden und arbeitenden - als Hoferbe in Aussicht genommenen Sohn wiederholt verspricht, er werde den Hof "später" erhalten. Diese (mündliche) Zusage soll nur besagen, daß der Bauer ihn eben als zukünftigen Hoferben ausersehen hat, sich aber jederzeit eine Änderung dieses Planes vorbehält. Er will in der Regel, wie es auch nicht unvernünftig ist, den vorgesehenen Hoferben erst daraufhin prüfen, ob dieser in der Lage ist, den Hof zu bewirtschaften, seine Geschwister abzufinden und gegebenenfalls seinen Eltern das vereinbarte oder gesetzliche Altenteil zu gewähren. Erst wenn er von diesem Eigenschaften fest überzeugt ist und insbesondere auch mit der Fortdauer des guten Verhaltens rechnet, entschließt er sich endgültig. Es handelt sich also nicht um einen echten Formmangel, sondern um einen bewußten Mangel im Willen des Bauern, der einen Vertrag gar nicht oder jedenfalls noch nicht schließen will. Der Bauer wollte den Rechtsfolgewillen überhaupt nicht oder wenigstens noch nicht erklären; der Rechtsfolgewille ist nach außen (noch) nicht projiziert. An einer schon gegebenen Willenserklärung fehlt es deshalb vollkommen. (Vgl. Humbert NJW 56, 1857, 1858 f.; Roemer DNotZ 57, 283, 286 ff.; Herminghausen, DNotZ 58, 115, 122 f.; G. u. D. Reinicke NJW 55, 1065; ders. MDR 54, 641, 644 f.; Wieacker DNotZ 56, 115, 122; Siebert-Hefermehl § 242.24; Siebert-Knopp § 242.355; Lorenz AcP 156, 383 f.) Darüber hinaus fehlt es noch die Bestimmung des Zeitpunkts der Hofübergabe, was bei einem Übergabevertrag oder Vorvertrag dazu ohnehin wichtig ist und bei einem Erbvertrag insofern, als Familienmitglieder (Ehegatte, Geschwister) auf deren angemessene Versorgung

Vornahme andere als die von den Parteien damit intendierten Rechtsfolgen haben, z. B. eine Schadensersatzpflicht (vgl. §§ 307, 309) oder ein "Abwicklungsverhältnis" begründen. Ist also der Vertrag schon abgeschlossen, so ist keine Vorbereitungshandlung mehr möglich; mit dem Vertragsabschluß ist das von den Verhandlungen erstrebte Ziel eben erreicht. Damit ist nun auch die causa der bei Verhandlungen herrschenden Autonomie der Parteien mit erfüllt. Denn ist der Vertrag gerade durch freie Entscheidung zum Abschluß gebracht, so kann von einer Freiheit hinsichtlich des Abschlusses keine Rede mehr sein. Mit der frei erfolgten endgültigen Einigung über die Schuldbegründung taten die Beteiligten kund, daß sie sich nunmehr der von ihnen getroffenen rechtsgeschäftlichen Regelung unterwerfen wollen. Auf ihre Autonomie haben sie damit eindeutig verzichtet[30].

Fort. v. S. 109:
und Abfindung der Bauer besonderes Gewicht legt, noch überleben (Humbert, a.a.O., S. 1858 f.; Herminghausen, a.a.O., S. 124 ff.; Flume, AcP 161, 52, 57). Ferner müssen die Beteiligten auch über die Art und den Umfang der Abfindungen sowie über etwaige besondere Wünsche hinsichtlich des Altenteils oder sonstiger Leistungen vollständig geeinigt haben (Herminghausen, a.a.O., S. 127; Humbert, a.a.O.); nur dann ist ein Vertrag formlos schon zustande gekommen. Das Gericht kann Vertragslücken im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach § 157 nur insoweit ausfüllen, als die Vertragsparteien in bestimmter Weise zu erkennen gegeben haben, in welcher Weise sie es regeln wollen; eine Auslegung nach dem einseitigen Interesse und Willen der einen Partei ist nicht zulässig (RGZ 88, 410; Herminghausen, a.a.O., S. 139; Humbert, a.a.O.). Erst wenn entschieden ist, was zum Erklärungstatbestand gehört, kann durch Auslegung der Inhalt der Willenserklärung ermittelt werden (Siebert-Hefermehl, vor § 116.8, S. 448). Demgegenüber kann nicht die Rede davon sein, daß der Abkömmling auf einen schon vollendeten Vertragsschluß vertraut hat. Sowohl er als auch der Bauer positiv wußten, daß zwischen ihnen (noch) keine Einigung zustande gekommen war, zumal erhebliche Streitigkeiten hierüber noch bestanden. Der Abkömmling dürfte deshalb nicht mit einem bereits gegebenen Vertragsschluß rechnen. - Darüber, daß dieses Problem auch nicht mit der Lehre von "faktischem Vertragsverhältnis kraft sozialtypischen Verhaltens" lösbar ist, vgl. etwa Wieacker FamRZ 57, 289, 290 f.; ders. Festschr. f. OLG Celle, 1961, S. 263, 274 f.; Häsemeyer, a.a.O., S. 81 ff.; Schulte NJW 58, 361, 363.

30) Das darf freilich nicht zu dem Schluß führen, daß die Haftung dabei eine "rechtsgeschäftliche" sei. Darum geht es selbstverständlich nicht. Die Haftung tritt kraft eines "gesetzlichen" Schuldverhältnisses (vgl. unten S. 113 ff.), und die Frage ist nur, ob sie mit dem Prinzip der Privatautonomie vereinbar ist.

Hiernach kann man nicht sagen, der Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse verstoße gegen den Grundsatz der Privatautonomie und damit den Sinn und Zweck des Verhandlungsverhältnisses, weil er zu einer Abschlußpflicht führe. Vielmehr läßt der Erfüllungsanspruch die Privatautonomie bzw. die Abschlußfreiheit im Verhandlungsstadium ganz unberührt[31]. Damit ist der Weg zur Anwendung des

---

31) Soweit die Erfüllungshaftung bei nicht formgebundenen Verträgen in Betracht kommt, soll sie etwas abweichend begründet werden. Da dabei das Verschulden nicht erst die Gültigkeit als solche, sondern schon das Zustandekommen des Vertrages selbst hindert, scheint - nach dem Gedankengang Flumes und Häsemeyers - die Anerkennung des Erfüllungsanspruchs, eben weil sie zu einer Pflicht zum Abschluß des (gerade nicht zustande gekommenen!) Vertrages führen würde, doch gegen die Privatautonomie zu verstoßen. Diese Annahme hätte notwendig zur Folge, daß der Erfüllungsanspruch bei nicht formbedürftigen Verträgen stets verneint werden müßte. Eine solche Konsequenz trifft trotzdem nicht zu. Denn die Verneinung des Erfüllungsanspruchs steht zwar anscheinend mit der bei Vertragsverhandlungen herrschenden Abschlußfreiheit in Einklang, allein widerspricht sie einem anderen ebenso wichtigen Merkmal der Verhandlungen. Dieses liegt - wie es Ballerstedt (AcP 151, S. 504) formuliert hat - darin, "daß das Vorbereitungsverhältnis in ständiger Wandlung und Entwicklung begriffen ist. Je näher die Besprechungen ihrem positiven Ziel kommen, dem endgültigen Abschluß rücken, umso gewichtiger, verpflichtender wird das Verhandlungsverhältnis". Während bei vertraglichem Schuldverhältnis "die Erfüllung vertraglicher Pflichten den Vertrag insoweit zum Erlöschen bringt, hat die Erfüllung der Verhandlungspflichten möglicherweise gerade umgekehrt eine Verstärkung des Vorbereitungsschuldverhältnisses zur Folge". Dieses Moment der Veränderlichkeit, der Entfaltung des Verhandlungsverhältnisses mit dem Fortschreiten der Verhandlungen "kann sich dank dem Verhalten einer Partei geradezu zu einer weitgehenden Einschränkung ihrer ursprünglichen Abschlußfreiheit verdichten" (ebenso Esser, SchuldR. 2. Aufl. § 10, 2, 3, S. 32 f.; Pieper JuS 62, 417). Das ist insbesondere der Fall, wenn der Offerent durch sein schuldhaftes Verhalten den (rechtzeitigen) Zugang der Annahmeerklärung und damit die Entstehung des Erfüllungsanspruchs hindert. Will man also auch der dargelegten Eigenart der Vertragsverhandlungen Rechnung tragen, so muß man es auch hier bei der h.L. belassen, die gleichfalls dem Getäuschten das volle Erfüllungsinteresse zuspricht (z. B. Blomeyer § 33 III 2 a, S. 197; vgl. darüber unten zu §§ 130, 145). - Wenn Häsemeyer (a.a.O., S. 70) übrigens in den "Vertragsschluß eine unüberbrückbare Zäsur zwischen der Haftung der c.i.c. und der Erfüllungshaftung" setzt, so verkennt er sicher das Wesen der Haftung aus c.i.c., welches den Haftungsübergang in die Erfüllungshaftung notwendig fließend macht. Dieser Übergang, soweit er infolge der "Verdichtung" der Vertrauenssphäre eintreten muß, bedeutet keinen "qualitativen Umschlag" der Haftung aus c.i.c. "in ein aliud", sondern ruht in deren Natur selbst und tritt nach deren eigenen Grundsätzen ein. Die "unüberbrückbare Zäsur" ist nicht in der Rechtsfolge, sondern - wie noch unten gezeigt wird - wohl nur in der Rechtsgrundlage zu sehen.

§ 249 offen.

Nun ist auf einen anderen Problemkreis einzugehen. Es ist abzuwägen, ob die am Erfüllungsinteresse orientierte Haftung auch mit der Formnichtigkeit in Einklang steht. Dies hängt mit der Frage zusammen, in welcher Weise das Erfüllungsinteresse zu ersetzen ist. Kann der Geschädigte auf Abschluß eines formgültigen Vertrages oder gar auf Erfüllung klagen oder würde eine Naturalrestitution die angeordnete Nichtigkeit pervertieren?

Zum Ausgangspunkt sei der vom BGH entschiedene sog. Wohnungsbauunternehmen-Fall[32] genommen:

Die beklagten Eheleute hatten das von der Klägerin, einem gemeinnützigen Wohnungsbauunternehmen, vorgelegte Schriftstück zum Erwerb eines Kaufeigentums unterzeichnet und darauf vertraut, nach Bauausführung und Erbringung der ihnen obliegenden Leistungen Eigentümer dieses Grundstückes geworden zu sein. Nachdem die Beklagten mehrere Jahre in ihrem Haus gewohnt hatten, forderte die Klägerin von den Beklagten die Herausgabe des Grundstücks unter Hinweis auf das Fehlen eines formgültigen Vertrages. Der BGH gab der Klage statt, hat den Beklagten aber gegen die Klägerin Ansprüche aus c.i.c. zuerkannt. Die Klägerin hafte den Beklagten gegenüber sogar auf das Erfüllungsinteresse, weil es wahrscheinlich zu einem formgerechten Vertragsschluß gekommen wäre, wenn die Klägerin die Beklagten ordnungsgemäß über die Formbedürftigkeit aufgeklärt hätte. Doch könnten die Beklagten jetzt nicht den Abschluß eines formgerechten Vertrages oder Auflassung des ihnen versprochenen Grundstücks verlangen, "denn das wäre Vertragserfüllung und kein Schadensersatz und würde auf eine Außerkraftsetzung der Formvorschrift des § 313 hinauslaufen". Vielmehr sei die Klägerin verpflichtet, die Beklagten in Geld dahingehend schadlos zu stellen, daß sie sich nach Herausgabe des Anwesens unter Berücksichtigung der heutigen Grundstücks- und Baustoffpreise und der heutigen Arbeitslöhne sowie ihrer damals (1957) vorhandenen eigenen Finanzierungsmittel ein gleichwertiges Hausgrundstück beschaffen könnten.

Dieses Urteil ist im Hinblick auf das Ergebnis einer herben Kritik unterzogen worden[33]. Die Beklagten müssen das Haus räumen, das sie längst bezahlt haben und

---

32) BGH NJW 65, 812 = MDR 65, 369 = BB 65, 350 = WM 65, 315 = BGH LM Nr. 2 zu § 276 (Fb) BGB. Vgl. auch BGH NJW 65, 1269; WM 68, 1402.

33) M. v. Bieberstein NJW 65, 1014; Lorenz JuS 66, 429; Eichler, Stud. u. Prax. 65, 237 (240 f.); Reinicke, Rechtsfolgen, S. 131; Nirk, a.a.O., S. 399.

in dem sie seit Jahren wohnen; sie erhalten lediglich Ersatz in Geld, mit dem sie nun ein neues Haus bauen können. Mit Recht bemerkt Lorenz[34] dazu: "Hausgrundstücke sind - im Gegensatz zu "Ware", für die man leicht Ersatz beschafft - eben nicht fungibel... Der Jurist muß deshalb bei solchen Lebenssachverhalten von der sozialen Wirklichkeit Kenntnis nehmen und auch bedenken, was dem betroffenen Eigenheimkäufer zugemutet wird, wenn er - mittlerweile vielleicht gealtert und nicht mehr bei bester Gesundheit - noch einmal die Mühen und Aufregungen eines Neubaus durchstehen soll." Wenn nun die Klägerin die Beklagten in Geld dergestalt schadlos stellen muß, daß diese sich nach Herausgabe des Anwesens unter Berücksichtigung der heutigen Grundstücks- und Baustoffpreise und der heutigen Arbeitslöhne sowie ihrer damals vorhandenen Finanzierungsmittel ein gleichwertiges Hausgrundstück beschaffen können, so wird selbst ein so weitgehender Schadensersatz in Geld den Verlust des Hausgrundstücks auch deshalb nicht ausgleichen, weil damit dem Käufer das Risiko weiterer Preissteigerungen im Grundstücksverkehr oder auf dem Baumarkt zugemutet wird, die im Zeitpunkt der Schadensfeststellung nur schwer abzuschätzen sind; wollte man Nachforderungen zulassen, so würde es zu unerquicklichen Auseinandersetzungen über die Berechtigung der vom Käufer für Bauland und Hausbau aufgewendeten Summen führen[35]. Insoweit dürfte man dem Standpunkt des BGH skeptisch gegenüberstehen. Der Geldanspruch auf das Erfüllungsinteresse entspricht nicht der Interessenlage.

Nun begegnet auch die Begründung, die Vertragserfüllung wäre kein Schadensersatz und würde "auf eine Außerkraftsetzung der Formvorschrift des § 313 hinauslaufen", dogmatischen Bedenken.

Hiermit hat der BGH offensichtlich die Grenze zwischen der Haftung aus c.i.c. und der Formnichtigkeit zu markieren gesucht. Es ist indessen sehr problematisch, ob eine solche Unterscheidung sachgerecht ist.

Der soeben wiedergegebene Begründungssatz mag auf der Vorstellung beruht haben, die Erfüllungsansprüche können sich nur auf eine wirksame rechtsgeschäftliche Grundlage gründen, die Geldansprüche auf das Erfüllungsinteresse sollen auch aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen folgen[36]. Erst dieser Gedanke kann ja den Kern der Problematik treffen.

---

34) a.a.O., S. 431.
35) M. v. Bieberstein, a.a.O., S. 1015; vgl. auch Nirk, a.a.O.
36) So auch Häsemeyer, a.a.O., S. 67.

Von hier aus wenden wir uns zunächst der Frage zu, warum die aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis der c.i.c. folgenden Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse in Geld nicht gegen § 313 verstoßen. Die Frage ist eben deswegen gerechtfertigt, weil Erfüllungsansprüche sowohl in Natur als auch in Geld das gleiche Ziel erstreben, nämlich die Vorteile eines Rechtsgeschäfts zu realisieren. Der Unterschied zwischen ihnen besteht grundsätzlich darin, daß der Anspruch auf Erfüllung in Natur auf die primär geschuldete Leistung gerichtet ist, der andere dagegen nur ein sekundäres Erfüllungssurrogat darstellt. Das Wesentliche liegt aber jedenfalls darin, daß bei beiden Anspruchsformen der Verletzte gerade in die gleiche Vermögenslage versetzt werden muß, d. h. in diejenige, die sich bei ordnungsgemäßer Erfüllung ergeben hätte. Im Wesentlichen sind also die beiden Ansprüche gleichwertig. Insoweit müßte aber bei der Frage nach der Haftung aus der Formnichtigkeit das Urteil über die Zulassung des einen oder des anderen Anspruchs auch gleich fallen. Soll der formnichtige Vertrag die intendierten Rechtsfolgen nicht auslösen, so dürfte überhaupt kein eben darauf gerichteter Anspruch zugelassen werden. Der BGH ist jedoch von einer solchen Problemstellung ganz abgewichen. Er hat Geldansprüche auf das Erfüllungsinteresse zuerkannt, obwohl auch diese die Verletzung rein vertraglicher Pflichten ausgleichen. Zu dieser Annahme ist das Gericht gekommen, weil es nicht an das Ergebnis, sondern - mit Recht! - an den Ausgangspunkt, also an die rechtliche Grundlage des Anspruchs angeknüpft hat. Der Geldanspruch wurde nicht als sekundäres Erfüllungssurrogat für die Verletzung rechtsgeschäftlicher Beziehungen zugesprochen[37], sondern als primärer Schadensersatzanspruch für die Verletzung "gesetzlichen" Pflichten im Bereich des "gesetzlichen" Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen. Dem stehen nicht die Formnichtigkeitsnormen entgegen. Diese lassen nur die durch den Vertrag beabsichtigten Wirkungen und die damit verbundene Haftung nicht eintreten. Sie können aber nicht den Eintritt von Rechtsfolgen verhindern,

---

37) Würde der BGH diesen Anspruch doch so verstanden haben, so müßte er zwanglos auch den Erfüllungsanspruch anerkannt haben; denn ist ein "vertraglicher" Geldanspruch auf das Erfüllungsinteresse nichts anderes als der Anspruch auf den sog. "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" oder auf das "positive" Interesse, so besteht er nur, wenn daneben auch der Anspruch auf Erfüllung besteht (oder vorher jedenfalls einmal bestanden hatte, vgl. §§ 280, 286 II, 325, 326), setzt also gerade den Erfüllungsanspruch voraus.

deren Verpflichtungsgrund nicht in dem Vertrag, sondern in einem früheren Stadium liegt und im Gesetz wurzelt. Daß diese Rechtsfolgen im Ergebnis der Wiedergutmachung rechtsgeschäftlicher Nachteile gleichen, ist unerheblich, weil es sich hier um verschiedene haftungsbegründete Tatbestände handelt.

Wenn man also nicht auf das Ergebnis, sondern auf den Rechtsgrund abstellt, dann scheint es geradezu unverständlich, warum man das Erfüllungsinteresse nur in Geld, nicht aber in Natur gewähren sollte. Der BGH lehnt den Erfüllungsanspruch ab, weil er auf einer wirksamen rechtsgeschäftlichen Grundlage beruhe. Auf derselben Grundlage kann aber auch ein Geldanspruch auf das Erfüllungsinteresse beruhen. Darauf kommt es jedoch nicht an. Ansprüche mit vertraglicher Grundlage kommen überhaupt nicht in Frage. Der Verkäufer z. B. schuldet weder die unwirksam versprochene Leistung an sich noch deren Surrogat; der Käufer hat weder einen primären Anspruch auf Erfüllung noch einen sekundären auf Ersatz des "Nichterfüllungsschadens". Der Schaden wird hier nicht durch "Nichterfüllung des Rechtsgeschäfts" herbeigeführt[38], sondern durch "Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts" oder durch Verletzung rein vorvertraglicher, "gesetzlicher" Pflichten[38]. Hätte der Verkäufer seine Betreuungspflicht hinsichtlich der Formbedürftigkeit des Vertrages nicht vernachlässigt, so wäre der Kaufvertrag gerichtlich oder notariell beurkundet worden. Wenn nun der Käufer, einen formgerechten Abschluß der Auflassung begehrt, so heißt das nur, daß er nach § 249 Schadensersatz in Form der Naturalrestitution fordert. Dieser Schadensersatz verliert seine "gesetzliche" Grundlage nicht, weil er sich auf Erfüllung richtet, genauso wie der Schadensersatz in Geld seinen ursprünglichen Charakter nicht deshalb ändert, weil er den Ausgleich des Erfüllungsinteresses erzielt. Hält man den Rechtsgrund des Schadensersatzanspruchs für maßgebend, so muß man diesem Kriterium bei der Zulassung des Schadensersatzes in beiden Formen gleichermaßen Rechnung tragen. Denn die Anspruchsgrundlage bleibt eben immer dieselbe. Wird der Schadensersatz in Geld nicht als "vertragliches" Erfüllungssurrogat zugesprochen, so läßt sich der andere in Natur nur inkonsequent als

---

38) Weil der Schaden eben nicht durch Nichterfüllung, sondern durch andere Vorgänge eintritt, wäre es begrifflich präziser, wenn man hier von "negativem" Interesse redete; vgl. Anm. 37. So mit Recht Hildebrandt, a.a.O., S. 243, Anm. 5; Battes JZ 69, 683 (686 rechts).

"vertraglicher" Schadensersatz auffassen. Werden durch die Formvorschriften "gesetzliche" Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse nicht berührt, so ist es auch nicht ihre Aufgabe, Regelungen darüber zu treffen, in welcher Weise ein hierauf gehender Ersatzanspruch verwirklicht werden soll. Das ist Sache des § 249, und dieser Paragraph gewährt dem Geschädigten grundsätzlich einen Anspruch auf Ersatz in Natur. Für eine Abweichung hiervon kann kein zwingender Grund angeführt werden.

Entgegen der Auffassung des BGH dürfte die Unterscheidung zwischen der Haftung auf Erfüllung in Natur und auf Ersatz des Erfüllungsinteresses in Geld für nicht sachgerecht gehalten werden[39]. Sie vermag keine neuen Maßstäbe für eine Grenzziehung zwischen c.i.c. und Formvorschriften zu setzen. Die Abgrenzung dabei kann und muß nur in der rechtlichen Grundlage gesehen werden.

Der zuerkannte Erfüllungsanspruch mißachtet im übrigen auch nicht den von den Formvorschriften gewährleisteten Schutz vor Übereilung[40]. Hierfür sprechen die gleichen Erwägungen, wie sie in dem Falle in dem die zu schützende Partei den Vertrag nicht formgerecht vorgenommen hätte, vorgebracht wurden. Sie gelten sogar hier um so mehr, als die gleiche Partei hier den Vertrag wirksam abgeschlossen hätte.

C. Kommt schließlich ein Mitverschulden[41] des Ersatzberechtigten in Betracht, so ist der allgemeine Grundsatz des § 254 anzuwenden[42]. Hiergegen lassen sich nicht etwa §§ 122 II, 179 III 1, 307 I 2, 309 ins Feld führen: Danach schließt das schuldhafte Verkennen von Unwirksamkeitsgründen den Ersatzanspruch schlechthin aus. Da sich diese Singularität bei den Bestimmungen der § 122 II, 179 III 1 wohl nur als Ausgleich der Verursachungshaftung erklären läßt, kann sie für eine

---

39) Gegen BGH auch Reinicke, Betrieb 67, 112 f.; ders. Rechtsfolgen, S. 129 ff.; Häsemeyer, a.a.O., S. 67, 297 (freilich von anderen Ansätzen aus). Für das Erfüllungsinteresse in Natur noch Ennec.-Nipp. § 154 III 4 Fn. 18 (S. 957, 958); Gernhuber, a.a.O., S. 165. Dagegen aber Pieper, JuS 62, 417; Serozan, a.a.O., S. 92 ff.

40) So auch Reinicke, Betrieb 67, 113; ders. Rechtsfolgen, S. 130.

41) Damit ist nur das Kennenmüssen (leichte und grobe Fahrlässigkeit) gemeint! Die (positive) Kenntnis schließt den Schadensersatzanspruch von vornherein aus; eine Offenbarungspflicht ist nämlich dann sinnlos. Vgl. auch unten S. 138 ff.

42) h.L.; RGZ 151, 357, 361; BGH LM Nr. 2 zu § 276 (Fc) BGB (obiter); Blomeyer § 33 III 2 d (S. 198); Esser § 52 IV 2 (S. 379); § 33 II 1 (S. 206); Gernhuber, a.a.O., S. 166; Flume § 15 III 4 d (S. 289); Larenz, SchuldR. § 8 III (S. 89); Fikentscher (S. 75); Hildebrandt, a.a.O., S. 306; Henrich AcP 162, 100; Heldrich AcP 147, 120; Raiser AcP 127, 1, 34 f.; Reinicke, Betrieb 67, 113; ders. Rechtsfolgen, S. 131 f.; Berger, a.a.O., S. 30; Steinberg, a.a.O., S. 110 ff.; Serozan, a.a.O., S. 96. Bedenklich jedoch Lorenz, JuS 66, 39 (435 rechts); ders. AcP 156, 400/401.

reine Verschuldenshaftung nicht angewandt werden. Die prinzipgerechte Regel des § 254 könnte deshalb nur zugunsten einer entsprechenden Anwendung der §§ 307 I 2, 309 aufgegeben werden. Dafür besteht kein Bedürfnis, und zwar um so weniger, als die Regelung der §§ 307 I 2, 309 wegen eben der in Betracht kommenden culpa schon an sich als wenig glücklich erscheint. Der auf eine gleichmäßige Haftungsverteilung gemäß den beiderseitigen Anteilen an Schuld und Schadensverursachung hinzielende § 254 wird der Sachlage besser gerecht als §§ 307, 309, wobei bereits leichte Fahrlässigkeit des Betroffenen die Haftung des vorsätzlichen Schädigers ausschließt.

Schwierigkeiten entstehen allerdings dann, wenn der auf Erfüllung gerichtete Schadensersatzanspruch nicht teilbar ist. Das ist insbesondere bei einer Grundstücksübereignung der Fall. Geht man auch in Fällen dieser Art davon aus, daß die gesamte Last nicht ausschließlich einer Partei aufzubürden ist[43], so hätte man dann die Haftung nach dem Schuld- und Verursachungsanteil auszurichten. Trifft den Verkäufer das größere Verschulden, so müßte er das Grundstück auflassen, jedoch u.U. gegen Bewirkung einer - der Verursachung und dem Verschulden angemessenen - Geldausgleichung durch den Käufer. Würde man dem Käufer diesen Anspruch versagen, so ginge der Schaden ausschließlich zu seinen Lasten. Würde man dem Verkäufer keinen Geldanspruch gewähren, so trüge er den Schaden allein. Überwiegt nun das Verschulden des Käufers, dann entfällt eine derartige Verpflichtung des Verkäufers. Das gleiche wird gelten müssen, wenn das Verschulden beider Teile gleich groß ist[44].

III. 1. Es sind nun diejenigen Fälle zu behandeln, in denen der eine Vertragsteil den anderen über die Formerfordernisse wissentlich täuscht oder von deren Einhaltung abhält, und zwar in der von Anfang an schon vorhandenen Absicht, den Vertrag nicht zu erfüllen, sondern sich nachträglich auf die Formnichtigkeit zu berufen. Es handelt sich um einen Fall des sog. dolus praeteritus[45] und damit um eine besonders verwerfliche culpa in contrahendo. Die Rechtsordnung kann ein solches Verhalten nicht honorieren. Es wäre ein unerträglicher rechtsethischer Widerspruch, wenn derjenige, der in der bezeichneten Weise das Bestehen einer

---

43) Vgl. Gernhuber, a.a.O.
44) So auch Reinicke, a.a.O.; etwas abweich. Gernhuber, a.a.O.
45) Über die Gegenüberstellung zu dolus praesens vgl. im allgem. etwa Staud.-Weber § 242. D 5 mit Nachw.; Gadow, Jher.Jb. 84, 174.

Rechtslage behauptet und das Vertrauen darauf erweckt, nicht dem Vertrauenden gegenüber zu seinem Wort stehen müßte. Das Rechtsempfinden würde sich in unerträglichem Maße beleidigt fühlen, wenn die gewiegte Partei in der Unwirksamkeitsfolge eine willkommene Hintertür finden dürfte, um vor ihren Verpflichtungen, wenn sie ihr nicht mehr passen sollten, zu fliehen. Eine Schadenshaltung auf das negative Interesse würde dieser Situation kaum genügen. Rechtsethische Gründe drängen hier unabweislich zur Erfüllungshaftung[46]. Wie das dogmatisch zu begründen ist, erscheint jedoch noch nicht hinreichend geklärt.

2. Zunächst läßt sich das gewünschte Ergebnis der Perspektive der Haftung für c.i.c. sowie dem Recht der unerlaubten Handlung (§§ 826, 823 i.V.m. 263 Str. G.B.) nicht entnehmen. Eine solche Konstruktion würde selbst an dem - den beiden Haftungsfällen als Maßstab für den Haftungsumfang zugrunde liegenden - § 249 scheitern. Ein Schadensersatzanspruch, der den Getäuschten so stellt, als sei das Geschäft formgemäß abgeschlossen worden, kann gemäß § 249 nur dann gegeben sein, wenn der Täuschende, falls ihm die Täuschung nicht gelungen wäre, trotzdem den Vertrag in formgerechter Weise hätte abschließen wollen; denn nur dann ist der Zustand, der ohne die schädigende Handlung bestehen würde, ein solcher der Erfüllung. Einen entsprechenden Nachweis kann freilich in aller Regel nicht geführt werden, da der Arglistige den Vertragsschluß eben nur aufgrund der Täuschungsmöglichkeit wollte und ohne diese davon Abstand genommen hätte[47].

3. Wegen des in der Praxis sehr schwierigen Nachweises, daß der erfüllungsunwillige Partner den Vertragsschluß auch ohne die Täuschung wollte, würde der

---

46) z. B. RGZ 96, 315; OGH Br.Z, NJW 49, 62; BGH LM § 313 BGB Nr. 13 = JR 58, 142 m. zust. Anm. v. Blomeyer; Gernhuber, a.a.O., S. 170 ff., 176 ff.; Reinicke, Betrieb 67, 113; ders. Rechtsfolgen, S. 47 f.; Lehmann-Hübner § 31 VII 4, 5 (S. 225 ff.); Flume § 15 III 4 c cc (S. 280 ff.); Esser § 6 III 3 (S. 39 f.); Fikentscher §§ 22, 11 a (S. 84 f.); Larenz, Allg. Teil § 27 I 4b (S. 411); ders. SchuldR. § 10 III (S. 121); Siebert-Hefermehl § 125.22, 24; Siebert-Knopp § 242, 340; Canaris, a.a.O., S. 274 ff.; Serozan, a.a.O., S. 90 ff.; Staud.-Weber § 242. D 417 ff.; Staud.-Coing § 125.34 ff.; Erman-Sirp § 242 III 3 c (S. 397 ff.); Erman-Westermann § 125.5; Hoeniger, DNotZ 09, 685 f.; Oertmann, Recht 14, Sp. 9 f.; Hildebrandt, a.a.O., S. 245 ff. Mit Ansprüche aufs negative Interesse begnügen sich dagegen, soweit ersichtlich, nur Häsemeyer, a.a.O., S. 303 ff. und früher Reichel, AcP 104, 46 ff., Josef, ArchBürgRecht 36, 62 ff. und Titze HWdRW VI, S. 518.

47) Ebenso Boehmer, a.a.O., S. 97 f.; Gernhuber, a.a.O., S. 166; Reichel AcP 104, 46 ff.; Oertmann, Recht 14, 8 f.; Matthiessen, DGWR 38, 219; Stutzer DGWR 39, 220; Josef ArchBürg.Recht 36, 60 ff.; Staud.-Weber § 242. D 427; Siebert-Knopp § 242.340; Medicus § 8 III 2 (S. 64); Canaris, a.a.O., S. 274; Häsemeyer, a.a.O., S. 40; Serozan, a.a.O., S. 88.

dolus praeteritus kaum praktische Bedeutung erlangen[48]. Man hat deshalb vorgezogen, über den dolus praeteritus und damit die c.i.c. hinaus vorzustoßen, indem man ein späteres Verhalten der die Erfüllung verweigernden Partei zum Ansatzpunkt nahm. Man verschob nämlich den Zeitpunkt des Verschuldens von den Vertragsverhandlungen (dolus praeteritus) auf die Geltendmachung der Formnichtigkeit im Prozeß (dolus praesens). Damit solle sich der dolus malus des § 826 nicht auf das frühere Verhalten der Herbeiführung der Nichtigkeit, sondern auf das gegenwärtige Verhalten der Erfüllensverweigerung oder genauer: auf die Berufung auf die Nichtigkeit beziehen. Liege nun das sittenwidrige und zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten in diesem Zeitpunkt vor, so sei, da es ohne dieses zur Erfüllung gekommen wäre, nach § 249 nur entsprechend auszugleichen. Die Partei müsse sich also so behandeln lassen, als wenn der Vertrag gültig wäre. Dieses Ergebnis wird konstruktiv damit erreicht, daß die Gegenpartei gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit die "Einrede der - allgemeinen - Arglist" (exceptio doli generalis) oder die "Einrede der unzulässigen (mißbräuchlichen) Rechtsausübung" erhebt.

Der skizzierte Weg ist besonders vom RG beschritten worden[49].

Dieser erscheint indessen in mehrfacher Hinsicht nicht gangbar. Vor allem spricht hiergegen, daß das spätere deliktische Verhalten, die Berufung auf die Formnichtigkeit, nicht kausal für den Erfolg, die ursprüngliche Nichteinhaltung der Form, ist und deshalb auch nicht zum Ausgangspunkt des festzustellenden Kausalzusammenhangs genommen werden kann. Der Kausalverlauf müßte deshalb in diesen Fällen auf das Prozeßverhalten des Erfüllungsunwilligen reduziert, d. h. die

---

48) Vgl. Lorenz (JuS 66, 429, 431), der zutreffend darauf hinwies, daß in der Rspr. des RG (RGZ 82, 305; 96, 315; 107, 181; RG WarnR. 1908 Nr. 38; 1919 Nr. 23) sich nur um obiter dicta handelt, die zum dolus praeteritus vorliegen. Zust. auch Häsemeyer, a.a.O., S. 39, 297.

49) Das RG schwenkte aber hinsichtlich einer zusätzlichen tatbestandlichen Voraussetzung der Anwendung von §§ 826, 849 ein. Während es früher auch noch Vorsatz beim Vertragsschluß forderte (RGZ 96, 315; 107, 181; RG, LZ 24, 200; JW 26, 1810 Nr. 2; 36, 1213 Nr. 6; HRR 28 Nr. 2) und später einfaches Verschulden ausreichend sein sollte (RGZ 107, 357, 362), verlangte es in neueren Entscheidungen ein subjektives Verschulden nicht mehr unbedingt, sondern schon damit genügen ließ, daß die Berufung auf den Formmangel unzulässig sei, "wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen Treu und Glauben widersprechen würde, die Vertragsansprüche am Formmangel scheitern zu lassen" (RGZ 157, 207, 209; 169, 73; 170, 203). Zu dieser Entwicklung vgl. etwa Tasche, Jher.Jb. 90, 101, 107-109.

Berufung auf den Formmangel müßte hinweggedacht werden. Deren Zulässigkeit bildet aber gerade den Gegenstand des Streites, so daß diese Methode auf eine klare petitio prinzipii hinausliefe[50]. Immerhin paßt schon das Wort "Arglist" schlecht auf einen Tatbestand, bei dem der Handelnde lediglich einen Sachverhalt wahrheitsgemäß offenbart: Wenn jemand die wahre Tatsache vorträgt, daß die formbedürftige Abmachung der Parteien formlos abgefaßt sei, erfüllt er damit nur die ihm in § 138 ZPO auferlegte Pflicht, seine Erklärung über die tatsächlichen Umstände vollständig und wahrheitsgemäß abzugeben. Die bloße Erfüllung der Wahrheitspflicht kann daher nicht "arglistig" sein[51]. Da ferner der Formmangel von Amts wegen zu berücksichtigen ist[52], bedarf es einer "Berufung" auf ihn nicht, so daß eine "Einrede" - sei es der "Arglist" oder der "unzulässigen Rechtsausübung" - gegen diese ins Leere ginge[53]. Die Berufung auf den Formmangel läßt sich somit nur als eine ex officio zu beachtende rechtshindernde Einwendung (objectio) verstehen. Sie ist deshalb streng genommen keine Ausübung eines subjektiven Rechts und damit keine "Rechts-"ausübung, die nur "unzulässig" oder "mißbräuchlich" sein könnte[54]. In der Sache wird auch dann nichts geändert, wenn man das Verbot dabei nicht auf die Ausübung eines subjektiven Rechts beschränkt, sondern nach richtiger Auffassung für "mißbräuchlich" auch die Ausnutzung von Rechtsnormen oder rechtlichen Institutionen wie die Privatautonomie hält[55]. Denn

---

50) Häsemeyer, a.a.O., S. 40/41; Staud.-Weber § 242. D 427.

51) Staud.-Weber § 242. D 427, D 443; Siebert-Knopp § 242, 388; Gernhuber, a.a.O., S. 167; Tasche Jher.Jb. 90, 101, 105; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 36; Matthiessen, DGWR 38, 215 f.; Heldrich AcP 147, 112.

52) So selbst das Reichsgericht etwa in den Entsch. RGZ 61, 267; 82, 160.

53) z. B. BGH 12, 304; Canaris, a.a.O., S. 267; Larenz SchuldR. § 10 III (S. 115).

54) Schlegelberger-Vogels § 242.34; Boehmer, a.a.O., S. 96 f.; Gernhuber, a.a.O., S. 154/155, 164; Canaris, a.a.O., S. 267, 276; Scholz NJW 50, 81 m. Anm. 5; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 35 ff.; Larenz, SchuldR. § 10 III (S. 114 ff.); Matthiessen, DGWR 38, 213 ff.; 39, 223 f.; ders. JW 38, 2426; Leonhard, Allg. SchuldR. S. 70; Plank-Strohal § 125.3 b; Hoeniger DNotZ 09, 645; Reichel AcP 104, 46 f.; 51; Sieber, Festgabe f. RG III, 377; Siebert, DR 41, 1933; ders. Verwirkung u. Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 125 Anm. 39; Lorenz JuS 66, 431; Esser § 6 III 3 c (S. 39); RGRK § 125.7.

55) RGZ 117, 126; BGHZ 3, 103 f.; Siebert-Knopp § 242.169 ff.; Canaris, a.a.O., S. 275; Staud.-Weber § 242. D 442; Palandt-Danckelmann § 242.4 c; Esser § 6 II, S. 34 ff. ("institutioneller" und "individueller" Rechtsmißbrauch); Erman-Böhle-Stamschräder § 242.7; Scholz NJW 50, 81 m. Anm. 5; Wieacher, Rechtstheoretische Präzisierung, S. 26 ff.

indem sich der arglistige Teil auf die Formvorschrift des § 125 beruft, nutzt er weder die Rechtsnorm als solche noch die Privatautonomie in mißbräuchlicher Weise aus. Eine Ausnutzung der Privatautonomie liegt schon deswegen nicht vor, weil der Arglistige gegen die Abschlußfreiheit seines Partners nicht verstoßen hat; dieser hätte den Vertrag selbst bei "loyalem" Verhalten des Arglistigen, d. h. bei Aufklärung über die Notwendigkeit der Form, abschließen wollen. Ein Mißbrauch liegt aber auch nicht in der Norm des § 125[56]. Das wäre zum einen dann der Fall, wenn den Vertragspartner eine Pflicht zur Herbeiführung eines formwirksamen Abschlusses träfe, und zum anderen, wenn die Formvorschrift von ihren rechtspolitisch verfolgten Zwecken losgelöst werden könnte. Doch geschieht weder das eine noch das andere. Eine Pflicht zum formgültigen Abschluß existiert nicht, weil die Partei auf Grund der Privatautonomie gar nicht zum Abschluß verpflichtet ist. Andererseits kann die Tatsache, daß die Formvorschrift lediglich als "Vorwand" für die Leistungsverweigerung gebraucht wird, deren wahres Motiv mit den Formzwecken nicht in Zusammenhang steht, von sich selbst die Formvorschrift niemals irrelevant machen[57]; diese ist strengen Rechts und kann in keiner Weise "umgangen" werden. Der Verstoß des Arglistigen liegt nicht in der Herbeiführung der Formnichtigkeit, sondern - wie unten ausgeführt wird - in der Verursachung des Irrtums des anderen Teils über diese und somit in dessen Täuschung darüber. Dementsprechend "mißbraucht" er nicht die Norm des § 125, sondern das Vertrauen seines Partners.

Aus alledem ergibt sich, daß die Begründung einer Lösung auf prozessualer Ebene nicht möglich erscheint.

4. Statt dessen sucht man heute das Problem im Licht des materiellen Rechts zu klären. Aber auch hier befinden sich die Meinungen noch im Fluß.

Die h.L. zieht den "das ganze Recht beherrschenden" Grundsatz von Treu und Glauben des § 242 heran und versucht damit den Anwendungsbereich des § 125 abzugrenzen. Man geht von der Annahme einer sog. "versteckten" oder "Kollisionslücke"[58] zwischen den beiden einander widersprechenden Normen aus und spricht

---

56) Zum Folgenden vgl. auch Canaris, a.a.O., S. 275 f.
57) Näheres dazu unten S. 126 ff.
58) Zum Begriff vgl. etwa Burckhardt, Die Lücken des Gesetzes, S. 88 f.; Heck, Gesetzesauslegung, AcP 112, 169; Ennec.-Nipp. § 58 I 3; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 65 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 369 ff.; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S. 81.

daher von einer "Grenzziehung der Herrschaftsbereiche" beider Vorschriften oder von einer "restriktiven Interpretation" des § 125[59].

So theoretisch interessant dieser Lösungsansatz sein mag, so wenig vermag er auszuhelfen. Abgesehen davon, daß auch einer solchen Abgrenzung, d. h. Zurückdrängung des § 125, sich folgerichtig die volle Wirksamkeit des - dann ja konsequenterweise nicht formnichtigen - Vertrages ergeben müßte, während die Interessenlage eindeutig die Statuierung eines einseitigen Anspruchs lediglich zugunsten des Getäuschten fordert[60], sind die entscheidenden Bedenken dabei grundsätzlicher Art.

Bedenklich erscheint zunächst schon der Ausgangspunkt der herrschenden Auffassung. Man setzt nämlich voraus, daß die beiden Rechtsnormen in einem Spannungsverhältnis stehen, weil sie auf den bestimmten Sachgehalt angewandt, zu verschiedenen, einander widersprechenden Ergebnissen führen: Während das durch § 125 geschützte Gut der Rechtssicherheit trotz der moralischen Mißbilligung des konkreten Verhaltens das Festhalten an der Formnichtigkeit verlange, beanspruche die durch § 242 geschützte materielle Gerechtigkeit wegen des im konkreten Fall verletzten Rechtsgefühls hingegen die Geltung des Vertrages[61]. Da es sich nicht etwa durch Auslegung ermitteln lasse, welche von den beiden Normen den Vorrang hat, müsse der Richter die Entscheidung dieses Konflikts[62] im Wege der Rechts-

---

59) OGH Br.Z., NJW 49, 62; BGHZ 23, 249, 255; G. u. D. Reinicke, Betrieb 67, 641, 642; D. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 29 ff., insb. S. 34 u. 37; Siebert-Knopp § 242.356, 358; Esser § 6 III 3 (S. 39 f.); Larenz, SchuldR. § 10 III (S. 121); ders. Methodenlehre, S. 373 f.; Fikentscher § 22 11 a und c; Staud.-Weber § 242.17 i.V.m. 20 und 595 ff.; Ennec.-Lehmann § 4 II; Boehmer, a.a.O., S. 97 ("...Daher dürfte es rechtsdogmatisch korrekter sein, von einer immanenten Begrenzung des normativen Inhalts des jus strictum des § 125 BGB durch den Grundsatz des jus aequum des § 242 zu sprechen"); Scholz, Die Rechtssicherheit, S. 60 ff. Vgl. auch Stutzer, DGWR 39, 220; Wieacker, a.a.O., S. 28 f.

60) So Flume § 15 III 4 c cc a.E. (S. 282); Medicus § 8 III 2 (S. 64); Canaris, a.a.O., S. 274. Die h.L. verneint zwar im Ergebnis einen Anspruch des Arglistigen aus dem formgültigen (!) Vertrag (vgl. z. B. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 38 f.), aber - wie Canaris, a.a.O., Anm. 4 mit Recht bemerkt - es geht nicht darum, einen an sich gegebenen Anspruch ausnahmsweise über § 242 zu Fall zu bringen, sondern darum, daß ein selbständiger Anspruch des Arglistigen von vornherein überhaupt nicht in Betracht kommt.

61) Dies hat Reichel (AcP 104, 1, 148, 149) eindrucksvoll folgendermaßen ausgedrückt: "Es unterliegt nicht dem geringsten Zweifel, daß die Formvorschriften des materiellen Rechts, speziell die in § 125 BGB ins Auge gefaßten, einen bewußten und grundsätzlichen Einbruch in den Grundsatz von Treu und Redlichkeit des Verkehrs darstellen. Nach Treu und Glauben heißt es: Ein Mann ein Wort. Die Formvorschrift aber sagt: Ist die Form nicht gewahrt, so ist ein Wort kein Wort, und wer auf ein solches Wort vertraut, der baut auf Sand".

62) Daß er ohnehin zu entscheiden hat, ergibt sich selbstverständlich aus dem sog. Rechtsverweigerungsverbot in Verbindung mit der Tatsache, daß der zu entscheidende Fall nicht etwa in den rechtsfreien Räumen zurückfällt.

fortbildung auf Grund der immanenten Teleologie der Rechtsordnung treffen. Dazu dürfe er vom Art. 20 III GG ausgehen, wonach der Richter an "Gesetz und Recht" gebunden ist. Auf Grund dieser Wertung seien Rechtssicherheit und Gerechtigkeit oder genauer: Gesetz und Billigkeit[63] als gleichwertige Rechtsgüter zu betrachten; keines habe generell den Vorrang vor dem anderen. Es müsse vielmehr eine Grenze zwischen den Herrschaftsbereichen der beiden Vorschriften gezogen werden. Eine Berichtigung oder Einschränkung des § 125 sei deshalb unvermeidlich.

In Wahrheit handelt es sich jedoch um keinen derartigen Widerstreit. Der eigentliche und einzige Konflikt liegt im § 125 selbst und betrifft das von dieser Vorschrift geregelte Verhältnis des Formzwangs zu der Vertragstreue. Er war bei den Vorarbeiten des BGB in die Debatte geworfen und mit den Worten beschieden worden, der Entwurf habe "dem Satze, daß jeder zu seinem Wort stehen muß, durch Annahme des Prinzips der Formfreiheit für die Rechtsgeschäfte gebührende Rechnung getragen, und wenn für einzelne Rechtsgeschäfte dennoch eine besondere Form sich vorgeschrieben findet, so liegt darin zur Genüge, daß die Gründe für die Notwendigkeit der Beobachtung der Form schwerer wiegen, als die Rücksicht auf die ethische Pflicht zum Worthalten"[64]. Die Motive zum § 125 wägen also nur ab zwischen dem Prinzip der Vertragstreue und dem von den Zwecken der Formvorschrift gebotenen Formzwang und entscheiden hiermit nur über diesen Konflikt. Die formlose Absprache kann allein in den von diesem Konflikt erfaßten Fällen jedenfalls nicht zur Grundlage von Ansprüchen werden. Dies schließt aber keinesfalls aus, die Haftung auf Umstände außerhalb des formlosen Abschlusses zu gründen[65]. Durch den Formzwang wird gerade die "ethische Pflicht zum Worthalten" verdrängt, nicht aber jede ethische Wirkung. Soweit diese sich nicht in der Mißbilligung des bloßen Wortbruchs erschöpft, sondern auf zusätzlichen Umständen aufbaut, ist sie durch § 125 nicht vorentschieden[66]. Der Formzwang bezieht sich ausschließlich auf eine abzugebende rechtsgeschäftliche Erklärung und kann somit nur die sich daraus ergebende Bindung ausschließen. Bei der Regelung des § 125 wurde die Möglichkeit einer auf andere Weise begründete Bindung nicht bedacht. Die Problematik

---

63) "Normgerechtigkeit und Fallgerechtigkeit", Wieacker, DNotZ. 56, 115 (123).
64) Mot. I, 183.
65) Vgl. Battes, JZ 69, 683, 684.
66) Vgl. Canaris, a.a.O., S. 279.

entsteht erst dann, wenn sich bei der rechtsgeschäftlichen Erklärung weitere Faktoren, die Verletzung der Offenbarungspflicht oder ein deliktisches Verhalten, also "außerrechtsgeschäftliche" Umstände, einstellen, die eine ebenso "außerrechtsgeschäftliche" Bindung fordern[67]. Die Frage nach einer möglichen Bindung nicht ex voluntate, sondern ex lege war den Gesetzesverfassern bei § 125 nicht bewußt. Es läßt sich somit im Wege des Analogieschlusses[68] eine Lücke des Gesetzes feststellen. Treu und Glauben des § 242 und damit das Gerechtigkeitsgefühl erheischen unzweifelhaft die Bindung des Arglistigen. Wollte man nun diese Lücke durch Analogie eben der gleichen Vorschrift[69] ausfüllen[70], so wäre das Problem bereits damit erledigt. Denn es handelt sich durchweg um eine "offene", also gewöhnliche Lücke; für den Verstoß dabei läßt § 125 eine Sanktion vermissen, die durch Analogie zu § 242 zu schließen ist. Für einen Streit zwischen den beiden Vorschriften und damit für eine "Kollisionslücke" bleibt sonach kein Raum. § 242 greift nur da ein, wo das Anwendungsgebiet des § 125 nicht reicht. § 125 sieht nur einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand vor und schließt konsequent nur die entsprechende Haftung aus. Er sagt aber nichts darüber, ob auf Grund weiterer relevanter Umstände, namentlich des dolus praeteritus, eine besondere Haftung eintreten kann. Einen heteronomen, außer-privatautonomen, gesetzlichen Zurechnungsgrund kann diese Vorschrift nicht berühren. Privatautonome Selbstbestimmung und außervertragliche Haftung sind herkömmlicherweise streng voneinander zu unterscheiden. Jede einzelne bildet einen selbständigen Haftungsgrund - die erstere verbindet sich mit den von den Parteien intendierten Rechtsfolgen, die andere wird in eine von dem Parteiwillen unabhängige, gesetzliche Regelung überführt. Der Vertrag kann deshalb absolut ungültig sein, der Arglistige aber sehr wohl zu seinem Wort stehen; denn diese Folge beruht eben auf verschiedener Grundlage[71].

---

67) So auch Flume § 15 III 4 c aa (S. 276-279) und cc (S. 280-282); Canaris, a.a.O., S. 279.

68) Darüber, daß die Analogie als logisch-teleologisches Schlußverfahren nicht nur Mittel zur Ausfüllung von Gesetzeslücken darstellt, sondern auch bereits ihrer Feststellung dient, vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 71 f.

69) Über die Einheit von Lückenfeststellung und Lückenausfüllung vgl. gleichfalls Canaris, a.a.O., S. 148 f.

70) Wie das im einzelnen zu begründen ist, vgl. unten unter 5 (S. 130 ff.).

71) Vgl. schon oben S. 105 ff.

Wenn nun wegen der Ungültigkeit des Vertrages eine rechtsgeschäftliche Haftung nicht möglich, eine gesetzliche aber gegeben ist, so wird geradezu nicht verständlich, wozu man den Vertrag durch die behauptete "Einschränkung" des § 125 als "gültig" erklären sollte. § 125 bedarf gar keiner Einschränkung, um das erhoffte Ergebnis zuzulassen. Die an die Vorschriften geknüpften Rechtsfolgen heben sich gegenseitig nicht auf; die eine bezieht sich auf die rechtsgeschäftliche, die andere auf die gesetzliche Haftungsfrage. Daher befindet man sich hier nicht vor einer "Kollisionslücke". Auch die Parallele zu der "culpa praeterita" drängt sich geradezu auf. Es handelt sich nach wie vor um dieselbe Lücke: Bei § 125 ist an ein mit dem nichtigen Vertragsschluß verbundenes zu vertretendes Verhalten nicht gedacht. Diese gewöhnliche Lücke muß grundsätzlich durch die Grundsätze der c.i.c. ausgefüllt werden. Ist das Verhalten dabei bloß fahrlässig, so bemißt sich die Haftung nach § 249, gleich ob sie gegebenenfalls der Erfüllung gleicht. Kommt nun ein doloses Verhalten in Betracht, so braucht die Problematik - aus dem Grunde, daß § 249 hier nicht mehr gilt - keinesfalls in die ganz andere Richtung der "Kollisionslücke" oder "Einschränkung" des § 125 gedrängt zu werden. Erst muß man untersuchen, ob sich auf Grund der gleichen Problematik eine Haftung anderweitig begründen läßt, und dann vielleicht zu einer Rechtsfortbildung fortschreiten[72]. Könnte unter diesem Aspekt die Haftung aus § 242 hergeleitet werden, so ließe sich mit der Vertragsnichtigkeit des § 125 genauso gut wie die Erfüllungshaftung bei "culpa praeterita" vereinbaren; denn beidenfalls wird die Haftung nicht aus der bloßen vertraglichen Erklärung, sondern aus anderen dazu hinzutretenden nicht rechtsgeschäftlichen Umständen statuiert. Eine Besonderheit liegt hier nur darin, daß die aufgewiesene offene Lücke nicht vom § 249, sondern vom § 242 geschlossen wird. Die Rolle des § 242 dabei erschöpft sich aber darin; im übrigen bleibt die Problematik dieselbe[73].

---

72) Verhält man sich bei der Suche nach gerechter Entscheidung so, daß man, ohne die konventionellen dogmatischen Möglichkeiten auszuschöpfen, schon vorher zu Rechtsfindungsvorstellungen übergeht, so ist eine solche - in der Rechtsdogmatik und Rechtspolitik wie auch in der Rechtssprechung nicht allzuselten auftretende - Methode nicht nur unnötig und damit wohl auch unjuristisch, sondern auch noch deswegen gefährlich, weil sie die Rechtssicherheit äußerst gefährdet.

73) Nicht zufällig behandelt Flume "die rechtliche Einordnung des Problems" der Haftung bei Formnichtigkeit (a.a.O., S. 276 ff.), bevor er auf Vorsatz (S. 280 ff.) oder Fahrlässigkeit (S. 282 ff.) eingeht.

Sowenig § 125 mit § 249 bei der culpa "konkurriert", so wenig kann er hier die andere Vorschrift des § 242, aber den gleichen Erfüllungsanspruch (!) "verdrängen". § 242 verdrängt § 125 nicht, sondern "ergänzt" ihn gerade da, wo er eine offene Lücke aufweist. Das strenge Recht des § 125 brauchte zu dem billigen Recht des § 242 nur dann in Widerspruch zu geraten, wenn § 125 sämtliche, also auch die gesetzlichen Rechtsfolgen ausschlösse.

Unter diesen Gesichtspunkten möge nun der weiteren Erwägung, ob eine Korrektur im Sinne einer Restriktion des § 125 an sich legitim sei, nur ein sekundärer Erklärungswert verbleiben. Diese Frage wird in Bezug auf den Normzweck der einzelnen Formvorschriften erörtert. Vor allem Lorenz hat die "Aufrechterhaltung der formnichtigen Verträge" davon abhängig gemacht, daß im konkreten Einzelfall "mit einer Beachtung der Formnichtigkeit der vom Gesetzgeber mit der Formvorschrift verfolgten Zwecke noch gedient" wäre[74]. Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten. Aus der ratio legis läßt sich die Vorschrift des § 125 nicht einschränken, weil sie gerade die Frage, ob der Formzweck im Einzelfall erreicht oder vereitelt ist, nicht erlaubt. Wegen ihrer Ordnungsaufgabe ist diese Vorschrift von der rechtspolitisch zu verstehenden Zwecksetzung[75] durchaus abgelöst. Soll die Generalnorm des § 125, in der eben die Formen aller Rechtsgeschäfte trotz verschiedener Formzwecke zusammengefaßt und gleichbehandelt werden, ihre Aufgabe erfüllen, so müssen auch ihre Folgen von den einzelnen Formzwecken ab-

---

74) Lorenz AcP 156, 381, 408; ders. JuS 66, 436 m. Anm. 47; zust. Hirsch AcP 159, 346, 347; dieser Richtung auch Fikentscher § 22 4 (S. 86); vgl. auch Esser § 6 III 3 (S. 39 f.); § 14 3 (S. 99 f.). Für eine gesteigerte Relevanz der Formzwecke auch Haus. OLG Hamburg = MDR 64, 145; SchlHA OLG = MDR 56, 497; OLG München = DNotZ 51, 31, 33.

75) Anders als in früheren Stufen der Rechtsentwicklung, wo die Form als der absolute Geltungsgrund der Rechtsfolge (als "magische" oder "Wirkform") galt, ist die Form heute nur Verwirklichungsinstrument des Parteiwillens, nur Mittel im Dienste von verschiedenen Zwecken ("rationale" oder "Zweckform"), vgl. Flume § 15 I 1 (S. 244); Häsemeyer, a.a.O., S. 21 f.; Merz AcP 163, 305, 315; jeweils mit Nachw. Heldrich (AcP 147, 91 ff.) hat acht verschiedene Zwecke der einzelnen Formvorschriften unterschieden: Abschlußklarheit, Inhaltsklarheit, Beweissicherung, Schutz vor Übereilung, fachmännische Beratung, Erkennbarkeit für Dritte, Überwachung, Erschwerung des Vertragsschlusses.

strahiert werden[76]. Bei "formalen Ordnungsvorschriften" ist es völlig gleichgültig, ob der rechtspolitische Grund, dem sie ihr Dasein verdanken, noch fortbesteht oder ob er im konkreten Fall ihre Anwendung rechtfertigt. "Es ist das tragische Schicksal aller solcher Formalvorschriften, daß sie auch dann gelten, wenn sie "sinnlos" geworden sind... Cessante ratione legis non cessat lex ipsa"[77]. Unbeachtlich muß auch bleiben, daß die Partei den Formmangel lediglich zum Vorwand der Nichterfüllung eines nachträglich als ungünstig empfundenen Geschäfts nimmt und damit die Formvorschrift einem fremden Zwecke dienstbar macht. Die moralische Mißbilligung solchen Verhaltens allein vermag gegen den gesetzlichen Entscheid für die Gültigkeitsform nicht aufzukommen, soll diese überhaupt eine Bedeutung erhalten. Eine Rechtsfolge dabei muß daher nur auf anderer Ebene gesucht werden. Die Formvorschrift muß auch dann gelten, wenn in concreto der in abstracto erstrebte Schutzzweck ohne Bedeutung war. Die sozialethische ratio dieser zweckentkleideten, verabsolutierten Normierung liegt im ersten und unentbehrlichen Postulat jeder Rechtsordnung, in der Rechtssicherheit, und daher kann keine Rede davon sein, daß sie entfalle, wenn das vom Gesetz erstrebte Ziel im übrigen

---

76) Den gleichen Gedankengang hatte schon Jhering (Geist d. Röm. Rechts II, Abt. 1, 5. Aufl. 1894, S. 475) klassisch dahin formuliert: "Der Zweck, den das Gesetz im Auge hatte, kann ein mannigfaltiger sein... Ob dieser Zweck durch die Form wirklich erreicht wird, ob er auch auf andere Weise erreichbar ist, und ob die Partei ihn auf andere Weise wirklich erreicht hat, relativiert nichts: Der Gesetzgeber hat einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zweckes nicht der Einsicht und dem freien Entschluß der Partei überlassen wollen, sondern er hat die Sache selber in die Hand genommen und den ihm gutscheinenden Weg zur Erreichung dieses Zieles zum ausschließlichen, notwendigen erhoben". So auch F. v. Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, S. 157; Merz AcP 163, 315 f.; Flume § 15 III 4 c aa (S. 276), cc (S. 281 f.) und ee (S. 285 f.); Coing NJW 49, 755; Canaris, Die Vertrauenshaftung, S. 275; Häsemeyer, a.a.O., S. 164 f.; Larenz, Allgem. Teil § 27 I b (S. 410 f.). Ebenso das Schweizer Bundesgericht: "Der Richter hat nicht zu prüfen, ob die Gründe, die den Gesetzgeber zum Erlaß einer Formvorschrift bewogen haben, deren Anwendung im Einzelfall erfordern oder entbehrlich machen", BGE 87 II, 33.

77) Boehmer (a.a.O., S. 74), der aber vom "Selbstzweck des schematischen Abstraktismus" absehen will, wenn die Durchführung der Ordnungsvorschrift "in Widerspruch mit den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit" gerate. Vgl. auch Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 192.

auch ohne Einhaltung der Vorschrift erreicht ist[78] [79].

Dementsprechend geht es nicht darum, zwischen den Anwendungsbereichen der fraglichen Normen eine Grenze zu ziehen - sei es, daß man dem § 125 den Zusatz anhängt: "soweit Treu und Glauben nicht ein anderes gebieten"[80] oder die Grenze zu § 242 dahin zieht, daß die Vertragsnichtigkeit des § 125 zu einem nicht "lediglich harten", sondern "schlechthin untragbarem" Ergebnis führe[81], oder eine

---

78) So auch der BGH in der, wenn auch nur beiläufig, wiederholt gebrauchten Formel, der Formzweck "ist nur das gesetzgeberische Motiv für die Bestimmung des § 313 BGB, nicht etwa ihre tatbeständliche Voraussetzung", BGHZ 16, 334, 335; BGH WM 63, 1066, 1068; BGH LM Nr. 23 zu § 313 = BB 65, 474; BGHZ 45, 179 = LM Nr. 28 zu § 313 (anders aber BGHZ 29, 6 und BGH Betrieb 67, 1893). Mit dieser Formel, die die Form vom Vormzweck trennt, setzt sich jedoch der BGH zu seiner eigenen Grundauffassung in Widerspruch, wonach die Form - in Ausnahmefällen - ersetzbar sei. Häsemeyer (a.a.O., S. 60) bemerkt zutreffend dazu: "Wer die Form in Ausnahmefällen für entbehrlich hält, muß ganz besonders darauf achten, ob sie im konkreten Falle überhaupt ihre (abstrakt) vorausgesetzte Funktion erfüllen konnte. Wenn sich erweist, daß der Formzweck wegen besonderer Umstände die Beobachtung der Form gar nicht verlangte, wäre schon deshalb das formlose Geschäft als wirksam zu behandeln, ohne daß es noch auf eine Abwägung der Parteibeziehungen nach Treu und Glauben ankäme".

79) Daraus, daß der Formzweck die Formvorschrift nicht außer Kraft setzen kann, darf nicht geschlossen werden, daß er etwa nur ein "totes" gesetzgeberisches Motiv ist, im übrigen aber jede Bedeutung verliert. Der Formzweck äußert sich etwa auch bei der Frage des Schadensersatzanspruchs, in dem Sinne, daß ein Anspruch stets von der Unantastbarkeit des Normzweckes bedingt ist (vgl. S. 101 ff.).

80) So Siebert-Knopp (10. Aufl.) § 242. 358; Siebert (9. Aufl) § 242.223. Dieser ganz allgemein gehaltene Hinweis krankt schon daran, daß er sich in der Sache nur an die - viel kritisierte - Rechtssprechung des RG in seiner Schlußphase (vgl. oben S. 119 Anm. 49) erinnert, wonach schon die Umstände des Falles nach Treu und Glauben die Außerkraftsetzung der Formvorschrift rechtfertigen können. Das wäre doch nicht Auslegung und auch nicht Ergänzung des Gesetzes - beides setzt vollziehbare Regeln voraus - sondern Judizien contra legem, unzulässige Umdeutung der Ermächtigungsnorm in eine Legitimation für reine Billigkeitsentscheidungen im Sinne des gerade Angemessenen oder des sozialethisch Wünschbaren, so z. B. Merz AcP 163, 324 und zuletzt Canaris, Die Vertrauenshaftung, S. 275; zu dieser Rspr. des RG vgl. vor allem Matthiessen, DGWR 38, 215 ff. und 39, 224, auch JW 38, 2426; Boehmer, a.a.O., S. 99; Blomeyer, JZ 58, 143.

81) So im Anschluß an OGH Br.Z. (NJW 49, 62) der BGH in ständ. Rspr. z. B. BGHZ 23, 249, 255 f.; 29, 6, 10; 45, 179, 184; 48, 396, 398; BGH LM § 313 BGB Nr. 13 = JR 58, 142 m. Anm. v. Blomeyer; BGH WM 61, 179; BGH WM 61, 1172; BGH WM 62, 786; BGH WM 64, 828; BGH WM 69, 165, 166; BGH JZ 71, 459. Diese Formel, die die Anforderungen an die Berücksichtigung des § 242 - etwa im Gegensatz zur Rspr. des RG in seinen letzten Jahren - erheblich verschärft und eine "Einschränkung"des "strikten" § 125 nur in den bezeichneten extrem gelagerten Ausnahmefällen annimmt, wird in Schrifttum insoweit als wertvoll

tatbeständliche Präzisierung durch Erarbeitung bestimmter Falltypen verlangt[82] -.

Forts. S. 128

begrüßt, als sie den Richter eben davor warnt, § 125 mit leichter Hand beiseite zu schieben (z. B. Blomeyer, a.a.O.; Reinicke, Rechtsfolgen, S. 33), aber zugleich mit Recht dahin kritisiert, daß sie sich wegen Fehlens von objektiv faßbaren Kriterien für die Unterscheidung eines "schlechthin untragbaren" von einem "lediglich harten" Ergebnis nicht dazu eignet, als Rechtssatz aufgestellt zu werden, unter den der Sachverhalt unmittelbar subsumiert werden könnte; ihr Wortlaut ist genau so ausfüllungsbedürftig wie der Begriff "Treu und Glauben" (z. B. Reinicke, a.a.O., S. 34; M. v. Bieberstein, NJW 65, 1014, 1015 links; Canaris, a.a.O., S. 289; Lorenz JuS 66, 429, 430; Siebert-Hefermehl § 125.23, 24; Eichler, Stud. u. Prax., S. 239, 243 f.; Flume, a.a.O., S. 277, 289 f.; Larenz SchuldR., S. 116 f.; Esser SchuldR. S 39). So bliebe dem Richter immer noch ein nicht abzusehender Spielraum für eine reine Willensentscheidung, weil die Ansichten darüber, was nur hart oder schon untragbar ist, häufig auseinandergehen werden. Vgl. etwa den Streit über den der Entsch. des BGH NJW 65, 812 zugrunde liegenden Sachverhalt, wobei der BGH die Anwendung des § 125 nur als hart beurteilt, während z. B. M. v. Bieberstein (a.a.O.) und Lorenz (a.a.O.) ein schon untragbares Ergebnis hierin erblicken wollen. Es sei aber hier vom Standpunkt des BGH Folgendes klargemacht: Während er die Untragbarkeitsformel auf die Fälle des dolus praeteritus ohnehin anwendet, hält er das einfache Verschulden zur Annahme eines "schlechthin untragbaren" Ergebnisses an sich nicht für ausreichend und läßt deshalb dabei nur die Grundsätze der c.i.c. gelten (z. B. BGH NJW 65, 812; BGH NJW 69, 1167, 1169 rechts, 1170 unter gg; vgl. auch OGH Br.Z. NJW 49, 62, 63 links).

82) So insbes. G. und D. Reinicke MDR 54, 643; D. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 46 ff. Vgl. auch Esser § 6 III 3 (S. 39 f.); Fikentscher § 22, 11 a (S. 84 ff.); Larenz, SchuldR. 117; Canaris, a.a.O., S. 275, Anm. 7. Die Bildung solcher Fallgruppen zum Zwecke der "Aufrechterhaltung" des Vertrages hätte jedoch - wie ausgeführt - kaum Sinn. Solche bestimmte abstrakt umrissene Sondertatbestände müssen vielmehr nur jenseits des Geltungsberichs des § 125 gesucht werden. Soweit § 125 zum einen uneingeschränkte Anerkennung beansprucht und zum anderen außerrechtsgeschäftliche Rechte nicht berührt, ließe sich die aus dem so gebildeten Sondertatbeständen folgende gesetzliche Haftung nicht als Durchbrechung des Nichtigkeitsgrundsatzes und des dadurch geschützen Rechtsgutes begreifen. Erfaßt man den Geltungsbereich des § 125 so richtig, braucht man hier Rechtssicherheit und Gerechtigkeit nicht - wenn bildlich gesprochen werden darf - als unversöhmliche Feinde hinzustellen, die gegeneinander um mehr Raum kämpfen oder einander auf demselben Raum ausschließen, sondern im Gegenteil als gute Nachbarn, welche sich nur an der Grenze treffen, wobei die Gerechtigkeit der Sicherheit - und damit der Rechtsidee überhaupt - nur zur Hilfe kommt. Eine Besonderheit liegt nur darin, daß die "Nachbarschaftsgrenzen" seitens der Gerechtigkeit noch nicht fest umrissen sind, d. h. die zu bildenden Fallgruppen noch nicht endgültig feststehen (vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 34 f.). Hier ist allerdings auf den Fall des d. praeteritus zu beschränken.

so daß sich daraus die "Aufrechterhaltung" des Vertrages ergibt[83]. Die Frage soll daher nur dahin lauten, ob auf Grund der mit dem nichtigen Vertragsabschluß verbundenen nicht rechtsgeschäftlichen Umstände neben der uneingeschränkt hinzunehmenden Vertragsnichtigkeit ein gesetzlicher erfüllungsreicher Anspruch bestehen kann[84].

5. Unter dieser Fragestellung ist jetzt zur Begründung dieses Anspruchs § 242 heranzuziehen.

Gleichwohl zögert man noch auf diese Vorschrift ausdrücklich zu verweisen.

---

83) Larenz versucht die Problematik näher aus dem Rechtsgedanken des § 162, "daß niemand aus seinem eigenen arglistigen Verhalten einen rechtsgeschäftlichen Vorteil soll ziehen dürfen" (SchuldR. S. 117; Allg. Teil, S. 411 i.V.m. S. 484), zu lösen. Dem kann nicht zugestimmt werden. § 162 ist vorerst hier gar nicht anwendbar; denn er gilt anerkanntermaßen nur für echte (rechtsgeschäftlich vereinbarte) Bedingungen, nicht auch für Rechtsbedingungen (z. B. RGZ 129, 376; Siebert-Knopp § 162.3; Staud.-Coing § 162.6; Erman-Hefermehl § 162.1; Lehmann-Hübner § 35 A VI 2 b, S. 286) und damit auch nicht für das nur eine reine condicio juris darstellende Formerfordernis. Diese Bestimmung setzt sodann einen ursächlichen Zusammenhang zwischen Verhalten und Ausfall der Bedingung voraus. Hier ist dennoch der Vorteil, den der Täuschende aus der Nichtigkeit ziehen würde, nicht eine Folge gerade seiner Arglist, da das Rechtsgeschäft ja auch ohne diese nicht zustande gekommen wäre und da er somit auch bei loyalem Verhalten nicht haften würde; der dolus praeteritus war - mit anderen Worten - überhaupt nicht kausal für die Nichtigkeit, d. h. den Ausfall der Bedingung (so zutreffend Canaris, a.a.O., S. 276). Ferner würde eine konsequente Anwendung des § 162 zu weitgehender Aushöhlung der Nichtigkeitsvorschrift des § 125 führen, weil - nach heute h.M. - § 162 von dem Formerfordernis eines subjektiven Verschuldens ganz absieht und sich schon mit einer objektiven Wertung des Verhaltens begnügt (Staud.-Coing § 162.2; Erman-Hefermehl § 162.2; Siebert-Knopp § 162.6; Schiedemair, Das Anwendungsgebiet des § 162, S. 16 ff., 21 ff.; dagegen aber Flume § 40 1 e, S. 720). Immerhin ist § 162 nur ein Anwendungsfall des allgemeinen Prinzips des § 242. Will Larenz den § 162 zur Einschränkung des § 125 in der Weise der Bearbeitung von Fallgruppen verwenden, so wäre die Betätigung des § 162 zum gleichen Ziel, da es (unter diesem Gesichtspunkt) schon durch § 242 erreichbar wäre, auch noch überflüssig. - Ganz unhaltbar ist die Meinung von Serozan (a.a.O., S. 90 ff., 96 u. pass.), die die Reichweite der Haftung durch das "Gewicht des Verschuldens" zu bestimmen sucht. Dies würde eine dem Recht des BGB fremd gebliebenen (z. B. Palandt, Vorbem. v. § 249.3 a) Abstufung des Haftungsumfangs durch Verschuldensgrad heißen und außerdem zu "Bestrafung" des Arglistigen führen.

84) Ebenso Flume § 15 III 4 c aa (S. 276-279) und cc (S. 280-282); vgl. auch Canaris, a.a.O., S. 274-280 und Medicus § 8 III 2 (S. 64).

Flume will mit einer Analogie zu § 116 helfen[85]. Dieser Vorschlag stünde jedoch zu seiner eigenen Auffassung in Widerspruch, nach der "der formnichtige Vertrag nicht etwa im Falle der Täuschung gültig" sei und "es sich hiernach bei dem Anspruch des anderen nicht um einen vertraglichen Anspruch"[86], sondern um eine "gesetzliche Rechtsfolge" handle[87]. § 116 bezieht sich aber ja ausschließlich auf rechtsgeschäftliche Wirkungen. Überdies vermag diese Vorschrift die Wirksamkeit einer Willenserklärung nur trotz entgegenstehendem innerem Willen zu erhalten, darüber hinaus kommt ihr eine Wirkung jedoch nicht zu; insbesondere vermag sie nicht, andere fehlende Wirksamkeitsvoraussetzungen zu ersetzen und ein nichtiges Geschäft gültig zu machen[88].

Canaris möchte die Bindung des Arglistigen auf "eine ungeschriebene Norm des objektiven Rechts"[89] zurückführen. Diese Vorstellung würde von dem Wunsch Gernhubers nach einer "contra legem" Entscheidung[90] in der Sache kaum divergieren. Zu solchen Notlösungen müßte man sich allerdings nur gezwungen fühlen, wenn das geltende Recht in Wirklichkeit keine Begründung ermitteln ließe.

Mehr Beachtung verdient die von Medicus geltend gemachte "entsprechende" Anwendung des § 123. Dieser Autor findet, daß "§ 123 gleichsam den spiegelbildlichen, im wesentlichen gleichliegenden Fall behandelt: Dort hat die Täuschung den wirksamen Vertrag herbeigeführt, und der Getäuschte soll wählen dürfen, ob er es bei dieser Wirksamkeit belassen will"[91]. Was diese Feststellung einen einleuchtenden Schein verleihen mag, ist, daß bei § 123 ein Wertungsmoment hineinspielt, dessen Bedeutung auch im Falle der Formnichtigkeit nicht gering zu veranschlagen ist. Der Getäuschte kann den Vertrag gelten lassen, obwohl er ihn ohne die Täuschung

---

85) a.a.O., S. 281. So schon Oertmann, SächsA 15, 418; Brenner, Die exc. doli gener., S. 24 ff.; Steinberg, a.a.O., S. 77.
86) a.a.O., S. 282.
87) a.a.O., S. 278. Vgl. aber auch § 27 5 (S. 534), wo der Anspruch rechtsgeschäftlich qualifiziert wird ("Der Anspruch... ist... rechtsgeschäftlicher Natur. Er ist gegründet auf die rechtsgeschäftliche Erklärung, über deren Geltung entsprechend dem Inhalt der Erklärung der Erklärende arglistig getäuscht hat". Über diese Unklarheit vgl. auch Lorenz JuS 66, 429, 436, Anm. 45.
88) Staud,-Weber § 242. D 447; Reichel AcP 104, 1, 40/41 ("Die Arglist eines Kontrahenten kann, wenn der Kontakt selbst nichtig ist, diesen nicht zu Bestand bringen"); vgl. auch Gerhardt, Die Anwendung des in § 242 BGB enthaltenen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben auf formnichtige Verträge, Diss. Köln 1954. So, mit abweich, Begründung, auch Lorenz, op.zit.
89) a.a.O., S. 279, Anm. 32.
90) a.a.O., S. 169 ff.
91) Medicus, a.a.O., § 8 III 2 (S. 64).

nicht vorgenommen hätte! Das bedeutet ohnedies eine "Unterbrechung" des Kausalzusammenhangs: Der Erfüllungszustand ist eben nicht die kausale Folge der Täuschung. Dies liegt daran, daß das Gesetz die Interessen des Getäuschten weitaus berücksichtigen will, d. h. auch in den Fällen, in denen trotz der Täuschung die Erfüllung für ihn günstig ist; der Arglistige soll dann an sein Wort gebunden sein und sich nicht auf das Prinzip des Kausalzusammenhangs berufen dürfen. Eine Abweichung von dieser wohl allgemein gehaltenen Wertung des Gesetzes ließe sich in unserem Fall vielleicht nur rechtfertigen, wenn schwerwiegende Gründe dafür vorlägen. Der Bindung des Arglistigen müßten hier insbesondere die Formzwecke entgegen stehen. Dies geschieht allein nicht. Denn gleich, welche Zwecke die einzelnen Formvorschriften verfolgen, sie können - wie Flume mit Recht betont hat - in keinem Falle rechtfertigen, daß derjenige, welcher die Formnichtigkeit kennt und weiß, daß der andere Vertragsteil auf die rechtliche Gültigkeit des Vertrages wegen Unkenntnis der Formbedürftigkeit vertraut, nicht an sein Versprechend gebunden ist; es widerspricht schlechthin dem Rechtsgedanken, daß jemand zu seinem Vorteil in dieser Weise sein Spiel mit dem Recht treiben dürfte[92]. Die Wertung des § 123 muß deshalb ohne weiteres auch im Falle der Formnichtigkeit gelten. Dürfen wir den skizzierten Gedankengang Medicus unterstellen, so müssen wir ihm insoweit voll Recht geben. Man ginge indessen zu weit, wenn man schon damit die gewünschte "entsprechende" Anwendung des § 123 gewonnen zu haben glaubte. Es ist zunächst noch einmal in diesem Zusammenhang hervorzuheben, daß sich die strenge Anordnung des § 125 durch nichts, d. h. auch nicht durch § 123, durchlöchern läßt[93]. Weshalb soll dem § 123 gerade das zugelassen werden, was schon dem "königlichen" § 242 nicht erlaubt ist? Zwar ergäbe sich aus der Anwendung des § 123 nicht die "Vollwirksamkeit" wie bei § 242, sondern lediglich die "Anfechtbarkeit" des formnichtigen Vertrages. Diese Konstruktion wäre jedoch insofern künstlich, als das Gesetz den formwidrigen Vertrag eben nur für "nichtig", also auch nicht für "anfechtbar" erklärt. Das durch die "Anfechtbarkeit" erstrebte Ziel, daß nämlich nicht "auch der Täuschende selbst gegen den Willen des Getäuschten Erfüllung verlangen" kann[94], muß und kann außerdem auf anderem Weg erreicht

---

92) Flume, a.a.O., S. 281.
93) Vgl. oben S. 126 ff.
94) Medicus, a.a.O.

werden. Unbeachtet dürfte sodann auch nicht die rechtliche Natur der fraglichen Ansprüche bleiben. Während sich der Erfüllungsanspruch aus § 123 auf den ursprünglich als "gültig" geltenden Vertrag gründet und somit ein rein vertraglicher ist, baut der hier zu gewinnende Anspruch nur auf gesetzlicher Grundlage auf[95]. Das erstere stellt ferner - im Gegensatz zu dem anderen[95] - keinen Vertrauensanspruch dar; der Vertrauensgedanke spiegelt sich bei dieser Vorschrift nur in ihrer ersten Haftungsalternative, also im Anfechtungs- und Schadensersatzrecht aus c.i.c. und unerlaubter Handlung. In dieser Hinsicht nähert sich unser Anspruch eher dem ersten[96] als dem zweiten Haftungsfall der genannten Vorschrift. Die behauptete Analogie muß folglich auch an der rechtlichen Struktur der Ansprüche scheitern. § 123 kann vielmehr nur als ein allgemeiner Hinweis auf den richtigen Weg gelten; oder m.a.W.: die hierin enthaltene Wertung ist für unseren Fall insoweit wichtig, als sie die Intention des Gesetzes hinsichtlich des Schutzes des Getäuschten offenbart. Wie diese jedoch hier zu verwirklichen ist, das läßt sich aus § 123 selbst nicht entnehmen. Das Ergebnis selbst vermag diese Vorschrift allein nicht zu begründen.

Die Schwäche aller erörterten Theorien erklärt sich daraus, daß diese dem Haftungsgrund nur geringere Aufmerksamkeit widmen[97]. Ohne weiteres beantwortet sich unsere Frage dagegen, wenn man die Problematik gerade in dieser Blickrichtung betrachtet: Es handelt sich um eine Verletzung der Offenbarungspflicht, die zum einen eine gesetzliche, und zum anderen eine Vertrauenshaftung mit sich bringt. Dieser haftungsbegründete Tatbestand ergibt sich unbestreitbar aus der Rechtsnorm des § 242[98]. Diese liefert der Haftung sowohl ihren formalen, "positivistischen" Anknüpfungspunkt, in dem Sinne, daß wegen des fehlenden rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillens eine "gesetzliche" Haftung sanktioniert wird, als auch ihre "innerliche" Rechtfertigung, die Vertrauensgrundlage. Daß nun eine gesetzliche Erfüllungshaftung auch mit dem Sinne und Zwecke des § 125 übereinstimmen kann, darf als schon geklärt gelten[99]; nur eine derartige Erfüllungshaftung könnte ja in den Fällen des dolus praeteritus von § 125 zugelassen werden. Problematisch

---

95) Vgl. unten im Text.
96) Vgl. aber unten S. 135 f.
97) Vgl. Canaris, a.a.O., S. 277.
98) Vgl. S. 4 f.
99) Vgl. oben S. 112 ff.

bleibt nur noch, wie sich diese Haftung zum Prinzip des Kausalzusammenhangs verhält, wie sie ihn überwinden kann, oder m.a.W., wie diese Rechtsfolge "innerlich" zu rechtfertigen ist. Hierbei ist ohne Zögern auf das Vertrauensmoment abzustellen. Von hier aus fällt volles Licht auf die Schwierigkeiten, die mit diesem spezifischen Problem verbunden sind. Die Vertrauenslage erscheint hier um so intensiver und damit auch verpflichtender, als das entgegengebrachte Vertrauen nicht in der Schließung des Vertrages liegt, sondern darüber hinaus in dessen Erfüllung. Dem bereits abgeschlossenen Vertrag[100] fehlt nur noch eine Wirksamkeitsvoraussetzung, wofür allein der von vornherein erfüllungsunwillige Teil verantwortlich ist; er hat deren Vorliegen bewußt vorgetäuscht, um ihre Nichtexistenz für die Erfüllungsverweigerung zum Vorwand zu nehmen, obwohl er wußte und damit rechnete, daß der

---

100) Der Vertrag ist doch abgeschlossen! Man darf nicht einwenden, es fehle hier der Rechtsfolgewille. Denn für dessen Bestand ist nicht der "geheime", sondern der erklärte Wille maßgebend. Die Unbeachtlichkeit des geheimen Vorbehalts findet in § 116 ihren festen Anhalt. (Es ist ja eine andere Frage, ob dieselbe Bestimmung die Form ersetzen kann; Tatbestand und Gültigkeit der Willenserklärung sind stets auseinanderzuhalten). Der Begriff Willenserklärung ist frei von psychologischen Willenselementen; entscheidend dabei ist nicht ein irgendwie gearteter psychologischer Wille, sondern der nach außen zur Geltung gebrachte Rechtsfolgewille. Diese Regel ruht auf der gegen die Willenstheorie (und auch gegen die ältere Erklärungstheorie) zum Siege gelangten Auffassung, daß jemand seine Erklärung so gegen sich lassen muß, wie sie objektiv nach den Begleitumständen und Treu und Glauben verstanden werden durfte, sofern der Erklärende mit einer solchen Deutung rechnen mußte (z. B. RGZ 95, 124; Wieacker, Festschr. f. OLG Celle, 1961, S. 263, 269; Siebert-Hefermehl, Vor § 116. 7, 8). Dies muß hierum so mehr gelten, als eine Handlung, die gar keine andere Deutung als die einer Willenserklärung zuläßt, nicht dadurch diese Eigenschaft verliert, weil der Handelnde die Wirkung ausdrücklich ablehnt (protestatio facto contraria); vgl. die gegen den berühmten "Parkplatzfall", BGHZ 21, 319, ausgeübte scharfe Kritik des Schrifttums; z. B. Nipperdey MDR 57, 129; Blomeyer MDR 57, 154; Lehmann NJW 58, 1; Ballerstedt AcP 157, 117; Wieacker, a.a.O., S. 265 ff.; ders. JZ 57, 61 f. Das Vorliegen des Rechtsfolgewillens kann somit in unserem Fall nicht bezweifelt werden. Vgl. die ganz andere Problematik bei der Hoferbenbestimmung, S. 109 f. in Anm. 29. - Daraus ergibt sich auch folgende Konsequenz: Ist der Vertrag zustande gekommen, so erübrigt es sich hier schon aus diesem Grunde, in freier Rechtsfindung von einer Vertragswirkung kraft "faktischen" oder "sozialtypischen Verhaltens ohne Vertragsschluß" zu reden. (Darüber, daß diese Lehre für die formnichtigen Verträge a priori et posteriori zurückzuweisen ist, vgl. im näheren Serozan, a.a.O., S. 82 ff.).

Vertragspartner auf die Wirksamkeit des Vertrages wegen Unkenntnis der fraglichen Voraussetzung vertraute. Die Situation darf nicht der Lage bei arglistiger Täuschung des § 123 gleichgestellt werden. Dort liegt der Vertrauensschaden ausschließlich im Vertragsschluß; der Getäuschte hätte bei gehöriger Aufklärung des Täuschenden den Vertrag nicht geschlossen und kann sonach nur die Versetzung in einen vertragslosen Zustand verlangen. Hier dagegen wird der Getäuschte nicht in seiner Willensentschließung bezüglich des Abschlusses beeinflußt; denn er hätte unter allen Umständen, d. h. selbst wenn er über den Formmangel aufgeklärt hätte, das Geschäft schließen wollen. Die Verletzung der Offenbarungspflicht steht hier nicht im kausalen Verhältnis zu dem Vertragsschluß. Das Vertrauen des Getäuschten bezieht sich nicht auf die Offenbarung derjenigen Tatsachen, deren Kenntnis ihn von einem Vertragsabschluß abhalten sollte, sondern gerade nur auf die Tatsache der Gültigkeit des von ihm schlechthin gewünschten Vertrages. Anders als bei § 123 weiß hier der Täuschende, daß der andere den Vertrag will, und daher weiß er auch, daß sich der Partner auf dessen Erfüllung verläßt. Ist also hier der Vertrauenstatbestand ein anderer als bei § 123, so kann er auch nicht gleich weitgehende Rechtsfolgen hervorrufen. Deshalb kann hier der bloße "negative" Vertrauensschutz nicht genügen. Der Übergang zum "positiven" Schutz des Betroffenen ist ein Erfordernis des intensivierten "Vertrauensverhältnisses". Dieses ist hier so gewichtig, daß es sich von den formalen Kausalregeln nicht überdecken läßt. Diese Regelung hat ihren guten Grund nur im Vertrauenstatbestand des § 123. Wollte man sie auch hier anwenden, so müßte der redliche Kontrahent die Erfüllung eines formbedürftigen Vertrages typischerweise niemals erwarten können. Das würde jedoch zu einem Widerspruch zu dem fundamentalen Vertrauensgrundsatz führen; denn im rechtlichen Geschäftsverkehr darf man grundsätzlich auch von der Redlichkeit des Partners ausgehen und braucht daher nicht damit zu rechnen, daß dieser wissentlich einen Scheintatbestand schafft und sich dann nicht an diesem festhalten will. Wenn hier der Täuschende den Schein eines in Wahrheit nicht gegebenen Erfüllungsanspruchs schafft, weiß er immerhin, was er tut, und weiß, daß der Vertrauende sein Verhalten nach diesem Scheintatbestand einrichten wird; er kann sich daher nicht beklagen, wenn er beim Wort genommen wird. Angesichts der Intensivität der Vertrauenslage, des in die Erfüllung selbst erweckten Vertrauens erscheint

die Bindung des Arglistigen trotz der entgegenstehenden Kausalregeln[101] unabweislich. Diese müssen hier zugunsten des in § 242 wurzelnden und auch den Maßstab des jeweils zu gewährenden und zu fordernden Vertrauens ergebenden Vertrauensgrundsatzes zurücktreten.

Aus alledem kann nun unser Resultat zwanglos folgen. Darf man die Erfüllungshaftung mit dem gesetzlichen und Vertrauenstatbestand der verletzten Verpflichtung begründen[102], so soll man die eben diesen Tatbestand begründete Rechtsnorm des § 242 auch als die "klagebegründete" Norm ansehen dürfen[103].

---

101) Im allgemeinen reicht, wie heute allgemein anerkannt sein dürfte, die bloße Kausalität keinesfalls aus, um die Zurechnung zu begründen; vgl. vor allem Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 1 ff. Dies haben wir schon auch bei Behandlung der "culpa praeterita" berücksichtigt, vgl. S. 105 ff. Nur braucht man dort nicht auf Vertrauensgesichtspunkte einzugehen, denn die Frage einer Überwindung der Kausalität entsteht dort nicht. Die Frage war nämlich nur, ob sich die Kausalität mit der Privatautonomie vereinbart.

102) Für die Einordnung der Haftung in die Vertrauenshaftung im Ergebnis auch Canaris, a.a.O., S. 276 ff., der aber die Konsequenz zu § 242 nicht zieht (vgl. oben S. 131 m. Anm. 89).

103) § 242 könnte nunmehr auch sonstwie Abhilfe schaffen, und zwar mit dem spezifischen Gedanken des widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium). Für diesen Rechtsgedanken ist, entsprechend seiner Zugehörigkeit zum Bereich des dolus praeteritus, charakteristisch, daß anders als bei dolus praeteritus nicht das Verhalten bei oder vor Vertragsschluß im Mittelpunkt der Bewertung steht, sondern die seither eingetretene Entwicklung; andererseits ist auch diese keineswegs für sich allein entscheidend, sondern sie ist ihrerseits wieder in Beziehung zu setzen zu dem "Vorverhalten". Hier ist aber Vorsicht geboten! Das "Vorverhalten", mit dem sich die Partei in Widerspruch setzt, ist nicht in der "Veranlassung" des Formmangels zu sehen (vgl. oben S. 121), sondern nur in der Irrtumserregung, in der Täuschung darüber. Der "Widerspruch zu eigenem Vorverhalten" besteht eben darin, daß sich der andere Teil auf die entsprechende Aufklärung verlassen durfte (Blomeyer § 3 I 3, S. 21; vgl. Wieacker, Fam.RZ 57, 287, 289). - Die Frage, ob und wieweit das Prinzip des v.c.f.p. auch in den Fällen einschlägig ist, in denen das "Vorverhalten" lediglich in Fahrlässigkeit oder gar nicht in subjektivem Verschulden besteht, kann hier dahingestellt bleiben. Vgl. im allgemeinen RGZ 107, 357 (363); 153, 59 (61); 157, 207 (209); BGH WM 57, 883 (886 Sp. 1); 61, 1172 (1173 Sp. 2); Riezler, Venire contra factum proprium, 1912, S. 140 ff.; Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, S. 28 f.; Boehmer, a.a.O., S. 96 f.; Staud.-Coing § 125. 34 d; Coing, Deutscher Notartag 1965, S. 47 f.; Canaris, a.a.O., S. 301 ff.

Schließlich sei noch auf die rechtliche Grundlage des § 179 I hingewiesen. Bekundet der Vertreter durch sein Auftreten als Vertreter ausdrücklich oder stillschweigend, daß er von dem Vertretenen Vertretungsmacht erhalten habe oder doch solche Beziehungen zwischen ihm und dem Vertretenen bestehen, daß mit dem Wirksamwerden des Geschäfts zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftspartner durch Genehmigung zu rechnen sei[104], so wird er hinsichtlich seiner Behauptung beim Wort genommen, sofern die Genehmigung des Vertrages von dem Vertretenen verweigert wird. Daß der Vertreter dem Vertragsgegner nicht nur für das negative, sondern für das Erfüllungsinteresse einzustehen hat, beruht darauf, daß er dessen Vertrauen getäuscht hat[105]. Dieser reine Vertrauensanspruch erwächst nun nicht aus dem Vertrag, denn ein wirksamer Vertrag kommt nicht in Frage, und zwar weder dem Vertretenen noch dem Vertreter gegenüber: Gegenüber dem Vertretenen deshalb nicht, weil er die Genehmigung dabei verweigert, so daß der Vertrag nicht ein solcher des Vertretenen geworden ist. Gegenüber dem Vertreter auch nicht, weil er die rechtsgeschäftliche Erklärung eben "im Namen" des Vertretenen abgegeben hat (§ 163 I), so daß der "eigene" rechtsgeschäftliche Wille durchaus fehlt. Der Vertretene haftet dafür nur kraft Gesetzes[106] für das Bestehen der incidenter behaupteten Vertretungsmacht. In diesem Sinne darf man für unseren Fall auch die Analogie zu dieser Vorschrift für statthaft erachten[107].

---

104) RGZ 106, 68, 73; BGHZ 39, 45, 51 m. weit. Nachw.

105) RGZ 106, 68, 73; BGH BB 57, 489; BGH NJW 63, 760; Siebert-Schultze = v. Lasaulx § 179.1 und 2; Erman-Böhle-Stamschräder § 179.1; Staud.-Coing § 179.2; Lehmann-Hübner § 36 VI 2 b (S. 327); Larenz, Allgem. Teil § 38 II (S. 575). In den Motiven (I, 243 f.) heißt es jedoch nur, man habe den Fall mit Rücksicht auf die "Verkehrsinteressen" aus dem Rahmen der c.i.c. herausgenommen, da diese ja nur zur Haftung auf das negative Interesse führe.

106) Flume § 47 3 a (S. 802); Erman-Böhle-Stamschräder § 179.6; Siebert-Schultze = v. Lasaulx § 179.1.

107) Vgl. Canaris, a.a.O., S. 280, Anm. 36 u. S. 278, Anm. 22. Dagegen kann man nicht ins Feld führen, daß § 179 I darüber hinaus auch auf Risikogedanken aufbaut; der Mangel der Vollmacht ist nämlich dem Dritten grundsätzlich unerkennbar, und die Herbeiführung der Genehmigung liegt ausschließlich im Risikobereich des falsus procurator, der Mangel der Form ist dagegen grundsätzlich erkennbar, und die Sorge für ihre Erfüllung obliegt grundsätzlich beiden Parteien (vgl. Canaris, a.a.O., S. 536, 546 f., 304). Denn geht man davon aus, daß die Kenntnis des einschlägigen Formmangels trotzdem keinesfalls allgemein erwartet werden kann (vgl. oben S. 100 Anm. 9), so ist nur eine Frage des Einzelfalles, wann von der Partei die Kenntnis zugemutet werden kann. Wir haben aber bisher eben nur an den Fall gedacht, in dem die Gegenpartei kein Verschulden hinsichtlich der Kenntnis der Form trifft.

6. Fällt nun der Gegenpartei ein Selbstverschulden zur Last, so soll die Rechtslage verschieden beurteilt werden, je nachdem, ob dieses Verschulden in der Kenntnis der Form liegt, oder ob es sich auf deren Kennenmüssen bezieht.

Im ersten Fall kann nicht auf Erfüllung geklagt werden. Dies hat den Grund eben in der Kenntnis der Form. Die nähere Begründung dessen gelingt jedoch nicht ohne Schwierigkeiten. Selbstverständlich dabei ist nur, daß der Geschädigte nicht über die Vertragsgültigkeit getäuscht wurde. Er wußte, daß der Vertrag nichtig ist und hat daher nicht auf dessen Gültigkeit vertraut. Er hat insoweit ein Risiko eingegangen, daß er nun tragen muß. Wollte man den Arglistigen uneingeschränkt haften lassen, so käme man zu einer mit dem Grundprinzipien des BGB unvereinbarten "Bestrafung" des Arglistigen und geriete zudem zu einem Wertungswiderspruch zu den §§ 439, 460, wonach die positive Kenntnis die Arglist schlechthin ausschließt [108]. In dieser Hinsicht scheidet ein Erfüllungsanspruch zweifellos aus. Aber allein damit ist die Sache nicht angetan. Der Schädiger täuscht den anderen zwar nicht über die Vertragsgültigkeit, wohl aber über seine Erfüllungsbereitschaft. Es fragt sich deshalb, ob der Geschädigte nicht jedenfalls insoweit Schutz verdient, als er von seinem Partner belogen worden ist, oder mit anderen Worten, ob er darauf vertrauen darf, daß sein Partner ihn beim Abschluß des Vertrages nicht über seine Erfüllungsbereitschaft in Irrtum versetzt [109]. Reinicke will hierin eine unerlaubte Handlung - Betrug (§ 823 II i.V.m. § 263 Str.G.B.) oder sittenwidrige Schädigung (§ 826) - erblicken und den Getäuschten mit einem Anspruch auf das negative Interesse schützen [110]. Er behauptet: "Die getäuschte Partei kann verlangen, so gestellt zu werden, wenn ihr Vertragspartner die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung nicht begangen hätte. Hätte dieser ihr von vornherein mitgeteilt, er werde nicht erfüllen, dann wären keine Vertragsvereinbarungen zustande gekommen... Sie kann aber nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stünde, wenn ihr Vertragsgegner erfüllungsbereit gewesen wäre und erfüllt hätte" [111] [112]. Diese Argumentation ist aus folgenden zwei Gründen nicht stichhaltig.

---

108) Das gleiche gilt auch bei § 179 I. Vgl. noch §§ 116.2, 539. - Gegen die Erfüllungshaftung auch D. Reinicke NJW 68, 39, 40 rechts; ders. Rechtsfolgen, S. 46, 118 f.; Medicus § 8 III 1 (S. 63); anders, aber ohne Begründung Staud.-Weber § 242. D 423.

109) So die Problemstellung auch bei Reinicke NJW, a.a.O.; ders. Rechtsfolgen, S. 118/119.

110) Reinicke, a.a.O. So auch Medicus § 8 III 1 (S. 63).

111) Reinicke, a.a.O.

112) Hervorhebung vom Verf.

E r s t e n s : Die Annahme einer unerlaubten Handlung führt zwar lediglich zum negativen Interesse, aber nur durch einen anderen Gedanken. Es muß davon ausgegangen werden, daß es hier nicht, wie offensichtlich Reinicke annimmt, um eine (arglistige) Verletzung der Offenbarungspflicht geht, sondern ausschließlich um den dolus praeteritus, die Erfüllungsunwilligkeit. Hatte die Partei von vornherein vor, nicht zu leisten, so unterläßt sie eine Mitteilung über ihre Erfüllungsunwilligkeit notwendig. Der Schwerpunkt liegt deshalb nicht in der Unterlassung der Mitteilung, sondern in der schon vorhandenen Absicht, nicht zu erfüllen. Dementsprechend muß die Sanktion gerade in der Ursache, nicht in deren notwendiger Folge gesucht werden! Dolus praeteritus und Offenbarungspflicht sind scharf voneinander zu unterscheiden. Es läßt sich auch nicht sagen, der dolus praeteritus sei erst mit der Unterlassung der Mitteilung vollendet. Denn der Arglistige kann sehr wohl erfüllungsunwillig sein, selbst wenn - oder obwohl - er seine Erfüllungsbereitschaft bekundet. Wüßte er sogar, daß man ihm bei der fraglichen Mitteilung den Vorwurf des dolus praeteritus nicht zu machen brauche, so würde er sich sicherlich ein Wort darüber niemals ersparen! Daß es sich nicht um eine Offenbarungspflicht handelt, zeigt sich auch darin, daß eine bloß fahrlässige Verletzung hinsichtlich der Erfüllungsunwilligkeit bzw. Erfüllungsbereitschaft nicht denkbar ist. Eine solche Pflicht kommt überhaupt nicht, d. h. auch nicht aus dem Gesichtspunkt der c.i.c.[113] in Betracht. Liegt sonach die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung nur in der Erfüllungsunwilligkeit, so müsse nun nach der Ansicht Reinickes die getäuschte Partei eben verlangen können, "so gestellt zu werden, wie sie stünde, wenn ihr Vertragsgegner erfüllungsbereit gewesen wäre und erfüllt hätte", d. h. das Erfüllungsinteresse. Das ist jedoch falsch! Aus der Erfüllungsunwilligkeit ergibt sich keinesfalls der Zustand der Erfüllung. Der Zustand, der ohne die schädigende Handlung bestehen würde, wäre - gerade umgekehrt - nur ein vertragsloser. Denn wäre der Täuschende erfüllungsbereit gewesen, so hätte er den Vertrag gar nicht abschließen wollen[114].

---

113) Unklar insofern Reinicke, a.a.O., der nur eine Erfüllungshaftung aus c.i.c. abzulehnen scheint. - Daß die Frage nach einer Offenbarungspflicht bezüglich des anfänglichen Unvermögens auf ganz anderer Ebene liegt, ist selbstverständlich.

114) Vgl. schon oben S. 118.

Der Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung ergibt somit keinen Erfüllungsanspruch, nicht aber, weil eine Verletzung der Offenbarungspflicht dazu führe, sondern schon deshalb, weil der Täuschende von Anfang an nicht erfüllungsbereit gewesen ist. Z w e i t e n s : Man wird der Sachlage besser gerecht, wenn man auch die unerlaubte Handlung bzw. das negative Interesse wegdenkt. Entscheidend ist immer noch der Gedanke, daß der Geschädigte weiß, daß der Vertrag von der Rechtsordnung nicht anerkannt ist. Dieses Moment nimmt ihm jede Schutzwürdigkeit. Wer sich bewußt gegen die Rechtsordnung auflehnt, muß das auf eigenes Risiko tun. Begnügt er sich mit dem Vertrauen darauf, daß sein Partner im Sinne der gesellschaftlichen Anschauungen an seinem Wort halte oder sein Versprechen freiwillig einlöse, dann geht er bewußt eine Gefahr ein und verdient keinen Schutz. Wird er hernach durch Erfüllungsverweigerung des Partners in diesem Vertrauen getäuscht, so ist von Rechts wegen nichts dagegen zu machen. Die Nichterfüllung oder Erfüllungsweigerung bloß gesellschaftlich übernommener Pflichten enthält selbstverständlich keine Rechts-, aber auch an sich keine rechtlich zu ahnende Moralwidrigkeit[115]. Der Getäuschte weiß ja, daß sein Partner kein bindenes Wort abgibt, und darf sich somit darauf überhaupt nicht verlassen. Weder der

115) So bereits Oertmann, Recht 14, 10, 12. Denn der Weigernde tut nur das, was die Rechtsordnung dem nur gesellschaftlich "Verpflichteten" durch Versagung des Rechtszwanges gegen ihn in aller Form zugebilligt hat. Einen zwingenden Beweis dafür kann man auch aus § 814 BGB entnehmen; diese Vorschrift wäre ganz überflüssig, wenn die Nichtleistung des kraft der "guten Sitte" Geschuldeten etwas rechtlich Vorwurfsvolles enthielte; Oertmann, op.zit.

Vertrauens- noch der Risikogedanke rechtfertigen hier einen Rechtsschutz[116].

---

116) Für eine Vertrauenshaftung ist auch - und zwar um so weniger - dann Raum, wenn der Versprechende zunächst erfüllungsbereit gewesen ist, also nicht betrogen hat (kein dolus praeteritus!). Hier haben entweder beide Parteien die Form nicht bewahrt, weil ihnen nach Standessitte das Ehrenwort oder eine ähnlich feierliche Beteuerung genügte (repräsentativ dafür der vom RG entscheidene Edelmann-Fall, RGZ 117, 121), oder weil sie meinten, der Mangel werde nicht ans Licht kommen oder man werde sich nicht streiten (Tatbestände des Schwarzkaufs, vgl. insbes. Spiro, Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf, 1964), oder der eine Teil hat, ohne das ihm eine hinterhältige Arglist nachgewiesen werden kann, die Form für unnötig erklärt, und der Partner hat sich damit abgefunden. In diesem - in der Praxis häufiger vorkommenden - Fällen gewährt man keinen Erfüllungsanspruch. Maßgebend ist auch hier der gleiche Gedanke: Wer sein Geschäft bewußt nicht dem Recht unterstellt, dem hilft das Recht auch nicht; z. B. RGZ 117, 121; RG JW 26, 1810, 1811; 35, 505; Koblenz HEZ 2, 1, 5; Gernhuber, a.a.O., S. 172, 176; Reinicke NJW 68, 39, 40; 69, 1167, 1168; ders. Rechtsfolgen, S. 41 - 46; Medicus, a.a.O.; Flume § 15 III 4 c bb (S. 279 f.); Canaris, a.a.O., S. 277; Staud.-Weber § 242.D 423, 424; Siebert-Hefermehl § 125.24; Siebert-Knopp § 242.350; Schlegelberger-Vogels § 242.36; Stoll JW 27, 2118.

So auch BGH WM 65, 480, 482; WM 61, 179, 180; WM 57, 1440, 1441; WM 63, 1066; WM 65, 1115, 1116; WM 63, 407, 408; BGHZ 45, 179, 182, 183. Gleichwohl ist der BGH erstmals im Königl. Kaufmann-Fall (BGHZ 48, 396 = NJW 68, 39 m. Anm. Reinickes; Bestätigung jetzt durch BGH NJW 70, 2210 = JuS 71, 42) von der bisherigen Linie seiner Rechtssprechung abgerückt. Er hält hier für unerheblich, daß dem Kläger-Käufer die Formbedürftigkeit des Vertrages bekannt war und will, von seiner Untragbarkeitsformel ausgehend, die Formvorschrift auch hier einschränken. Von "untragbarem Ergebnis" läßt sich jedoch kaum in den Fällen reden, wo dem Käufer bewußt ist, daß der Vertrag, um rechtlich wirksam zu sein, gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß. Gewiß hat hier der BGH den kleinen Mann-Käufer von dem mächtigen Großen-Königlichen Kaufmann schützen wollen. Eine Lösung auf dem Wege des Vertrauens- oder Risikogrundsatzes ist dennoch äußerst schwierig. Ist der Käufer durch das Verhalten des Verkäufers über die Formbedürftigkeit des Vertrages nicht getäuscht worden, so ist er auch nicht durch dieses geschädigt; es war alsdann seine Sache, auf der Einhaltung der Form zu bestehen, und wenn er das nicht tat, hat er selbst die ihm treffende Benachteiligung herbeigeführt oder doch darin eingewilligt. In einer solchen Situation muß der Käufer vielmehr entweder vom Vertrag absehen oder, wenn er ihn formlos schließt, das damit verbundene Risiko tragen (so auch Reinicke, a.a.O.; Medicus, a.a.O.; vgl. Häsemeyer, a.a.O., S. 78 ff.; a.A. Palandt-Danckelmann § 125, 2 b; vgl. Larenz, SchuldR. § 10 III, S. 117 f.). Damit folgt der BGH freilich seiner zum Höferrecht ergangenen (bedenklichen, vgl. Reinicke, Rechtsfolgen, S. 45 sowie die in Anm. 55 Genannten; ferner oben S. 109 in Anm. 29) Rechtssprechung, die er zuvor nicht auf andere Rechtsgebiete erstrecken wollte (z. B. BGH NJW 65, 812, 813).

Sowohl in den Fällen des dolus praeteritus als auch hier liegt die Abhilfe gebietene Härte regelmäßig darin, daß der Vertrag ganz (ohne daß eine Heilung des Formmangels, §§ 313.2, 518 II, 766.2 vorliegt) oder teilweise erfüllt worden ist. Die beiderseitige Erfüllung führt dazu, daß die erbrachten Leistungen nach Treu und Glauben nicht zurückgefordert werden können (Flume

Die Situation ist aber anders, wenn der Ersatzberechtigte den Formmangel nur kennen mußte. § 254 greift auch hier nicht durch, aber in diesem Fall nur zugunsten des Getäuschten. Hat er den Formmangel nur aus leichtem Verschulden nicht erkannt[117], so ist ihm den vollen Schutz zu gewähren. Die gewiegte Partei könnte sonst die geschäftliche Unerfahrenheit des Laien am leichtestes ausbeuten. Daß aber derartige Ausbeuterei keinen Freibrief zu finden hat, geht - wie Oertmann [118]

Forts. S. 141
§ 15 III 4 c bb, S. 280 und ff., S. 286 ff.; Reinicke NJW 68, 39, 41; Gernhuber, a.a.O., S. 154, 164 f.: "Ein dem Recht 'an sich' nicht entsprechender Zustand läßt sich von Rechts wegen eher aufrechterhalten als schaffen"). Damit erlangt aber der Vertrag keine rechtliche Gültigkeit! (Flume, a.a.O.). Hat nur ein Teil seine Leistung erbracht, so ist er durch § 814 dann nicht an die Rückforderung dieser Leistung gehindert, wenn er sie um der erwarteten Gegenleistung willen erbracht hatte (RGZ 98, 237; Flume § 15 III 3 b, S. 269 f.; Reinicke, a.a.O.). Kannte auch der Empfänger den Formmangel, so kann er sich nicht gem. § 818 III auf den Wegfall der Bereicherung berufen (§§ 819 I, 818 IV). Die h.L. sieht schließlich eine Bereicherung auch darin, daß jemand einen Vorteil erlangt hat, für den er auch anderwärts ein Entgelt hätte entrichten müssen (RGZ 97, 310, 312; 151, 123, 127 f.; BGHZ 20, 270, 275; Erman-Seiler § 812.2 c; Siebert-Mühl § 812.200; Palandt-Gramm § 812. 5 c; Staud.-Seufert § 812. 13-13 d).

117) Darunter fällt auch der Fall, in dem die rechtsunerfahrene Partei zwar den Formmangel an sich erkannte, hielt aber ihn infolge der Täuschung für rechtsunerheblich ("Rechtsirrtum"). Z. B. X hat die mir zugesandte Bürgschaftsurkunde nicht unterschrieben, sondern unterstempelt, und zwar in arglistiger Absicht; nun erkenne ich den Stempel als solchen, gebe mich aber doch zufrieden, weil ich irrig annehme, daß die Unterstempelung der eigenhändigen Unterschrift rechtlich gleichstehe (das Beispiel ist von Josef, Arch.Bürg.R. 36, 60, 67). Dieser Fall unterscheidet sich vom anderen der positiven Kenntnis erheblich dadurch, daß hier der Getäuschte glaubt, trotz des Formfehlers einen Erfüllungsanspruch zu haben; er legt das Gesetz auf Grund der Täuschung falsch aus, er unterstellt den Vertrag aber der Rechtsordnung. Im anderen Fall ist ihm dagegen bekannt, daß er aus den Abmachungen nicht auf Erfüllung klagen kann, er vielmehr auf den guten Willen seines Vertragspartners angewiesen ist. Vgl. Reinicke NJW 69, 1167, 1168 rechts.

118) a.a.O., S. 11. Für den Erfüllungsanspruch auch RG JW 08, S. 9; RGZ 69, 277, 281; Josef, a.a.O., S. 67 f.; Reichel AcP 104, 1, 51; Reinicke, a.a.O. Dagegen aber Hoeniger DNotZ 09, S. 673, 680.

zutreffend bemerkt hat - am klarsten aus § 138 hervor. Der Erfüllungsanspruch ist selbst dann nicht in Abrede zu stellen, wenn dem Getäuschten der Vorwurf grober Fahrlässigkeit trifft[119]. Dieser ist immer noch nur infolge von Vertrauensseligkeit der Arglist zum Opfer gefallen. Mit einem arglistigen Verhalten braucht er - gemäß der Wertung des § 460.2[120] - nicht zu rechnen, oder auf eine Zusicherung darf er sich stets verlassen.

119) Vgl. die gleich oben Zitierten.
120) Vgl. auch dort.

2. Verhältnis zu §§ 104 ff.

I. Die gesetzliche Regelung der Geschäftsfähigkeit kann erhebliche und ungerechtfertigte Vermögensnachteile für denjenigen nach sich ziehen, welcher mit einer anscheinend (völlig) geschäftsfähigen, in Wahrheit aber geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Person im Vertrauen auf ihre (unbeschränkte) Geschäftsfähigkeit Rechtsgeschäfte abschließt. Es handelt sich um die bekannte Kollision von Verkehrs- und Geschäftsfähigkeitsschtuz, und es fragt sich, ob das gesetzte Recht eine Lösung dieses Konflikts zugunsten des gutgläubigen Dritten aus dem Gesichtspunkt der c.i.c. zuläßt. Die nähere Problematik stellt sich in beiden Fällen der mangelnden Geschäftsfähigkeit verschieden.

1. Bei der Geschäftsunfähigkeit (§§ 104 f.) sind naturgemäß nur die Fälle der sog. unerkennbar Geisteskranken (entmündigt, § 104 Nr. 3 oder nicht, § 104 Nr. 2) problematisch. Ein Laie kann bei ihnen unmöglich erkennen, daß er mit einem Geisteskranken verhandelt, während der Sachverständige die erst später hervorgebrochene Geisteskrankheit aus medizinischen Gründen auf einen früheren Zeitpunkt zurückdatiert. Der Richter ist mehr oder weniger auf das Gutachten des Sachverständigen angewiesen, auch wenn das Gutachten an sich gem. § 286 ZPO seiner freien Beweiswürdigung unterliegt. Derartige Personen haben in der Regel auch weder einen Vormund noch einen Pfleger, denn ihre Krankheit tritt für die Außenwelt nicht deutlich genug in Erscheinung. Selbst wenn ihnen auch ein Vertreter bestellt sein sollte, so kommt es häufig genug vor, daß sie trotzdem selbständig Verträge abschließen, ohne daß der andere Teil die Krankheit erkennen kann oder wenigstens - weil die Entmündigung keine Publizität schafft und sich die Geschäftsabschlüsse häufiger nicht in eng begrenztem Raum unter Verhältnissen abspielen, in denen man sich gegenseitig kennt und von etwaigen Entmündigungen weiß - wissen kann, daß sein Gegener unter Vormundschaft oder Pflegschaft steht. Die Gefahr aus den unerkennbaren Entmündigungen steigert sich um so mehr, als die sog. lichten Zwischenräume bei Entmündigten nicht beachtet werden. Darf also ein Entmündigter seinen Rechtszustand verschweigen, wenn ihm etwa darum zu tun ist, hinter dem Rücken seines Vormunds Geld in die Finger zu bekommen? Immerhin können Geisteskranke ihre Nichtverantwortlichkeit in der Weise ausnutzen, daß sie darauflos wirtschaften, um dann gegebenenfalls triumphierend zu sagen "uns kann keiner, wir sind geisteskrank". Besonders bei den typenmäßig abgeschlossenen Bankkommissions-

geschäften wird die Gefahr für den gutgläubigen Dritten noch dadurch erhöht, daß die unerkennbar Geisteskranken, wie von sachkundiger Seite bestätigt wird, vielfach eine besondere Neigung zu umfangreichen finanziellen Transaktionen zeigen. Das Gesetz ermöglicht es hier dem Vormund oder den Erben des in Geisteskrankheit verfallenen Kommittenten, durch Geltendmachung der Nichtigkeit des erteilten Auftrages gem. §§ 104 f. die Nachteile einer mißglückten Spekulation von dem Kommittenten auf den Kommissionär abzuwälzen, welch letzterer ja in jedem Fall dem Dritten gegenüber gebunden bleibt. Damit wird das Bedürfnis nach einem Schutz des gutgläubigen Vertragsgegners offenkundig[1].

Dem Problem wäre für eine Reihe von Fällen die Spitze abgesprochen, wenn die in § 105 I verordnete Nichtigkeit nur dann einträte, wenn die Krankheit auf die Vernünftigkeit des einzelnen Rechtsgeschäfts Einfluß gehabt hätte. Dieser Gedanke wurde zuerst von Danz[2] angeregt. Er wies darauf hin, daß der Zweck des Gesetzes nicht der sein könne, den gesunden Vertragsgegner zu schädigen, sondern nur der, den Geisteskranken insoweit zu schützen, als er bei dem einzelnen Rechtsakt wegen seines krankhaften Zustands anders disponiert hätte, als ein vernünftiger und gesunder Mann es getan hätte. Wenn also im konkreten Fall feststehe, daß ein verständiger Mensch genauso gehandelt hätte, dann könne man doch nicht dem Kranken das Recht geben, wegen der bloßen Tatsache der Krankheit, die den Abschluß nicht ungünstig beeinflußt haben, das Rechtsgeschäft zum Schaden des gutgläubigen Dritten zu annullieren; darin würde eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Kranken liegen. Danz sieht den Zweck des Gesetzes in dem Schutz des Geisteskranken gegen unvernünftige Handlungen oder nachteilige Folgen seiner Krankheit und will somit die Nichtigkeitsfolge nicht über diesen Schutzzweck hinausgehen lassen. Diese Auffassung läßt sich allerdings vom Standpunkt des Gesetzes aus nicht begründen. Davon steht weder im Gesetz etwas, noch bieten die

---

1) Vgl. die Eingabe des Zentralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes an das Reichsjustizamt v. 18.5.1905 (Bank A 5/153), die einen Verkehrsschutz in Anlehnung an § 122 oder möglicherweise eine Gesetzesänderung befürwortete, und die lebhafte Diskussion, die schon damals ausgelöst wurde; etwa Leonhard, Bank A ebd.; Kuhlenbeck, Bank A 5, 285; Homburger Bank A 10, 369; Breit, Bank A 12, 140; Simon JW 13, 291; Max Wolff JW 14, 121; Püschel JW 14, 564; Fuchs JW 14, 1011. Eine Zusammenstellung von Fällen vgl. bei der Beratung des Reichsjustizetats in Reichstage (Bank A 13, 185), ferner Flechtheim, Bank A 12, 187 und Bernstein JW 14, 1015.

2) JW 13, 1016 ff.

gesetzgeberischen Gründe der Nichtigkeitsregelung hierfür eine Handhabe. § 105 I beruht auf dem (aus den deutschen Partikularrechten und dem gemeinen Recht übernommen) Rechtsgedanken, daß dem Willen eines Kranken oder eines ihm gleichstehend anzusehenden Geisteskranken Bedeutung für das Rechtsleben nicht zukomme. Diese lassen schon die Motive[3] erkennen, in denen hervorgehoben wird, daß eine Person, welche des Vernunftgebrauches beraubt ist, eine Vertragserklärung nicht abzugeben vermöge, und zwar unter Ablehnung der "eigenartigen" Vorschriften des französischen Rechts[4], welche die Geltendmachung der Ungültigkeit von Rechtsgeschäften wegen Geisteskrankheit in einer mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen schwer zu vereinbarenden, durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit nicht ausreichend gerechtfertigten Weise beschränken[5]. § 105 spricht damit das Prinzip aus, daß die Erklärungen von Kindern und von Geisteskranken überhaupt nicht als rechtlich relevante Tatsachen innerhalb des Geschäftslebens erachtet werden können. Das Gesetz will diese Personen vom rechtsgeschäftlichen Verkehr ganz ausschließen. Geht ihnen die Fähigkeit zur Selbstbestimmung ab, so ist es - in einer Rechtsordnung, in der der institutionelle Sinn des Rechtsgeschäfts darin besteht, daß der Einzelne die Rechtsverhältnisse in Selbstbestimmung gestaltet - selbstverständlich, daß diese Personen am rechtsgeschäftlichen Handeln nicht teilnehmen können[6]. Die Nichtigkeitsanordnung des § 105 erklärt sich insofern schon aus dem Wesen der Privatautonomie. Es wäre ja widersinnig, einer Person die Macht zu geben, ihre Rechtsverhältnisse in Selbstbestimmung zu gestalten, wenn sie infolge geistigen Unvermögens nicht imstande ist, sich sinnvolle Zwecke zu setzen und diese vernünftig zu verfolgen[7]. Die Regelung des § 105 duldet insoweit überhaupt keine Einschränkung. Nun darf sie aber keineswegs lediglich als eine notwendige Folge der Rechtsordnung und der Logik aufgefaßt werden[8]. Zugleich enthält sie auch eine wertende Entscheidung in dem Konflikt der Interessen des "redlichen Verkehrs" mit denen des schutzbedürftigen Geschäftsunfähigen, die der Gesetzgeber

---

3) I, 129, 130.
4) Näheres darüber vgl. etwa Staud.-Coing, Vorbem. §§ 104 ff. 17; Gerstberger, Gruch.B. 71, 1, 2, 19 f., 24 ff.; Hellner, JZ 67, 257.
5) RG Warn.Repr. 1915, Nr. 272 (S. 424).
6) Flume § 13 1 (S. 182).
7) Siebert-Hefermehl, Vorbem. §§ 104 ff. 21; Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S. 168.
8) So aber etwa - in einer Polemik gegen Danz - Max Wolff (JW 1914, 122): § 105 hat überhaupt keinen "Zweck".

bewußt mit dem völligen Ausschluß des Geschäftsunfähigen vom rechtsgeschäftlichen Verkehr getroffen hat[9]. Die Regelung des § 105 geht nämlich in ihrer "einfachen Rigorosität"[10] weit über den Rahmen dessen hinaus, was die bloße Verwirklichung des Schutzgedankens erfordern würde. Der Geschäftsunfähige bedürfe vielmehr nur bei unvernünftigen Handlungen oder nachteiligen Folgen eines Schutzes. Die generelle Nichtigkeit bewahrt ihn aber nicht immer nur vor Nachteilen, sondern kann sie für ihn selbst auch nachteilig auswirken. Man denke etwa an den Kauf eines ("Gewinn-") Loses[11] durch den Geschäftsunfähigen oder daran, daß dieser nicht einmal an einem geschenkten Gegenstand Eigentum erwerben kann[12]. Die Geschäfte des Geschäftsunfähigen können auch keine günstige Folge für ihn erzeugen. Wie vereinbart sich denn dieses - in jedem Fall unzweideutige - Ergebnis noch mit einem "Schutzzweck" der fraglichen Vorschrift? Oder geht es hier vielleicht überhaupt um eine "absurde" Rechtsnorm? Sollte dabei ein Absurdum überhaupt festgestellt werden, so dürfte es wohl nur in der gegenteiligen Richtung gesehen werden. Hat der Gesetzgeber einmal bei der Regelung der beschränkten Geschäftsfähigkeit (§ 107) die Dominanz des Schutzgedankens ganz klar zum Ausdruck kommen lassen, so verhielte er sich nur "unvernünftig", wenn er bei der Geschäftsunfähigkeit, bei Personen also, die erst recht eines "sozialen Schutzes" bedürfen, nur von "doktrinären" Vorstellungen ausginge. Das war aber doch nicht der Fall. Im Gegenteil! Durch § 105 hat er den absoluten Schutz, bei § 107 den relativen angestrebt. Wenn § 105 auch dazu führt, daß vom Geschäftsunfähigen keine Schenkung angenommen werden kann, so heißt es keinesfalls, daß dessen Interessen nicht berücksichtigt wurden. Denn die Annahme kann sehr wohl insbesondere durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen[13]. Wenn dieser selbst dem Geschäftsunfähigen etwas schenken will, so kann er zwar dann die Annahme wegen Verbots des Selbstkontrahierens (§ 181)

---

9) Vgl. Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, S. 53; Ostheim, AcP 169, 193, 199 f.; a.A. Schwimann, Die Institution der Geschäftsfähigkeit, 1965, S. 39 ff.

10) Flume § 13 6 (S. 189).

11) "Hat es einen Sinn, wenn ein Geisteskranker... ein Lotterielos gekauft, damit aber einen großen Gewinn gemacht hat, dem Verkäufer zu erlauben, das Los wieder an sich zu ziehen oder die Auszahlung des Gewinns zu verweigern mit der Berufung darauf, daß der Kaufvertrag ja nichtig gewesen sei?", Rümelin, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, 1912, S. 47, der aber nur rechtspolitisch erwägt.

12) "Warum sollen denn nicht auch schwer erkrankte... Personen die Geschenke annehmen können, die man ihnen in der Irrenanstalt auf den Weihnachtstisch legt...?", Rümelin, a.a.O., S. 51.

13) Die Mot. I, 130 sagen, es bestehe kein Bedürfnis die Regel zugunsten von Schenkungen zu durchbrechen, weil die Annahme der einem Geschäftsunfähigen zugedachten Schenkung nicht bloß durch den gesetzlichen Vertreter, sondern auch durch einen Dritten im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag erfolgen könne.

nicht erklären, so daß dazu ein Pfleger nach § 1909 bestellt werden muß; dieses Ergebnis mag sogar als "höchst unpraktisch und lebensfremd"[14] oder doch "absurd" vor allem dann empfunden werden, wenn die Bestellung eines Pflegers in keinem vernünftigen Verhältnis zu der Bedeutung des Geschäfts steht, bei dem er mitwirken soll[15]. Aber gerade dies spricht entscheidend für den vom Gesetzgeber erstrebten absoluten Schutz des Geschäftsunfähigen. Er will den Geschäftsunfähigen auch vor den Risiken bewahren, welche im Falle der gesetzlichen Vertretung aus einer Kollision der Interessen ver Vertreters mit denen des Vertretenen erwachsen können[16]. Derartige Kollisionslagen will das Gesetz durch seine Bestimmungen unmöglich machen, gleichviel, ob in casu der Interessenkonflikt eine reale Gefahr darstellt oder nicht[17]. Wenn ferner das Gesetz den Geschäftsunfähigen auch nicht die Vorteile etwa eines Lotterieloses genießen läßt, so ist es wohl nur, weil es dabei "Mißbräuche" seitens unreifer oder kranker Menschen befürchtete[18]. Es ist nur eine rechtspolitische Frage, ob dem wirklichen Schutz des Geschäftsunfähigen bereits etwa die Regelung der §§ 107 ff. genüge - ob dem Geschäftsunfähigen ein rechtsgeschäftlicher Erwerb dort zuzulassen sei, wo er ihn lediglich begünstigt oder ob im übrigen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ausreiche[19]. Die Wertentscheidung des Gesetzes fiel freilich anders. Es wollte den Schutz des Geschäftsunfähigen insbesondere nicht von dem "freien Ermessen" des gesetzlichen Vertreters abhängig machen, sondern selbst in die Hand nehmen. Diese Entscheidung, den Geschäftsunfähigen mit Mitteln des jus strictum und um jeden Preis zu schützen, vor allem aber auch um den Preis schwerer Nachteile für seine gutgläubigen Geschäftsgegner, mag hart sein. Das rechtfertigt aber keinesfalls, die Wert-Rangfolge des Gesetzes aufzugeben. Der Grundsatz vom absoluten Schutz des Geschäftsunfähigen "verdrängt" den guten Glauben des Geschäftsgegners an die Geschäftsfähigkeit des Partners notwendig und unbedingt;

---

14) Staud.-Coing § 105.4.
15) Dölle, Absurdes Recht? Festschr. f. Nipp. II, 23, 29, 33.
16) Dölle, a.a.O., S. 24.
17) Dölle, a.a.O., S. 25.
18) Dies beweist etwa der, wenn auch nur beschränkte Geschäftsfähigkeit betreffende Fall des RG 74, 234, angeführt bei Flume, a.a.O., S. 199.
19) Rümelin (a.a.O., S. 39 ff., 90 ff.) schlug z. B. vor, den Geisteskranken wie einen beschränkt Geschäftsfähigen zu behandeln, ihm z. B. für seine täglichen Bedürfnisse Geld zur freien (und wirksamen) Verfügung zu überlassen und nur bei unvorhergesehenen, unvernünftigen (und daher krankhaften Handlungen) den Vormund zur Rückforderung zu ermächtigen.

dieser hat die Unwirksamkeit des Geschäfts mit allen Konsequenzen hinzunehmen. Es ist dabei gleichgültig, ob im konkreten Fall der Schutzzweck erreicht ist oder nicht. § 105 dürfte von der Erreichung des Schutzzweckes in concreto genauso wenig abstrahiert werden wie etwa § 125[20]. Ist diese Vorschrift nicht auf den Einzelerfolg oder die Zweckmäßigkeit gerichtet, sondern gerade zu einer "formalen Ordnungsvorschrift" erhoben, so darf man sie, wenn man nicht seinen eigenen Willen an die Stelle des Gesetzeswillens setzen will, nicht nach "freirechtlichen" Maßstäben, d. h. nach dem Gefühl des einzelnen Falles, beliebig zerstören. Die Auffassung von Danz hat sich deshalb zu Recht nicht durchsetzen können[21]. Auf jeden Fall würde aber der Gedanke einer Nichtigkeit oder Gültigkeit von Willenserklärungen von Fall zu Fall in der von Danz vorgeschlagenen Form den Interessen des Dritten nur in den Fällen gerecht, in denen es um ein inhaltlich vernünftiges Geschäft sich handeln würde, wobei nämlich weder der Kranke noch der Dritte ein schutzwürdiges Interesse an der Vernichtung hätten. Doch können - wie es Gerstberger[22] nachgewiesen hat - auch Fälle eines abstrakt gesehen unvernünftigen Geschäfts vorkommen, in denen der Dritte ebensogut gutgläubig und damit auch schutzbedürftig sein kann. Dann würde der Dritte ohnedies schutzlos bleiben.

Ungeachtet der strengen Nichtigkeitsvorschrift des § 105 wäre immerhin ein schuldrechtlicher Anspruch aus c.i.c. auf das negative Interesse denkbar, wenn er auch nicht so weit ginge wie eine Erfüllungsklage.

In gewisser Hinsicht scheint dieser Gedanke nahe zu liegen. Die Geschäftsunfähigkeit macht eindeutig nur die Begründung eines rechtsgeschäftlichen Verhältnisses unmöglich. Die Vorschriften der §§ 104 f. schließen unmittelbar nur den rechtsgeschäftlichen Willen des Geschäftsunfähigen aus und verfolgen dessen Schutz nur vor den aus dem Rechtsgeschäft selbst erwachsenen Schäden. Die Haftung aus c.i.c. betrifft dagegen Schäden, die ihren Grund vor der rechtsgeschäft-

---

20) RG Warn.Rspr. 1915, Nr. 272 (S. 424).

21) So wurde teilweise nur de lege ferenda begrüßt, vgl. z. B. Gernstberger, a.a.O., S. 15 ff. (m. Beschr.); Staud.-Coing § 105.6. Vgl. aber auch Tasche, Jher.Jb. 90, 101, 102 f., 104 f., 122, 127 f. - Aus den gleichen Gründen kann auch nicht der Ansicht Reichels (Prager Jur. Zeitschr. 23, 38) de lege lata zugestimmt werden, daß Geschäfte der Geisteskranken nur nichtig seien, wenn zwischen Geisteskrankheit und Geschäftsabschluß ein Motivationszusammenhang bestehe (ebenso Ennec.-Nipp. § 150 IV N. 5).

22) a.a.O., S. 22 f.

lichen Schuldbegründung haben, und tritt außerdem als eine gesetzliche Haftung unabhängig vom Parteiwillen ein. So steht zunächst rein konstruktiv fest, daß die §§ 104 f. auf unseren Haftungsgrund jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar sind[23]. Damit ist indessen noch nicht gesagt, ob diese Vorschriften auch nicht analog übertragbar seien.

Die Haftung aus c.i.c. ist eine reine Verschuldenshaftung, welche als solche ausnahmslos auf dem Gedanken der Zurechnung aufbaut. Kann aber hier dem Geisteskranken ein Verschulden zurechenbar oder ein pflichtmäßiges Handeln überhaupt zumutbar sein? Man möchte glauben, diese Frage zu stellen heiße schon sie verneinen: Von Vorsatz oder Fahrlässigkeit, also, nach überlieferten Begriffen, von zurechenbarem Verschulden bei Zurechnungsunfähigen zu sprechen, dies scheint ohne weiteres ein Widerspruch in sich selbst zu sein. Zurechnung ohne Zurechnungsfähigkeit ist nicht vorstellbar. Ein Schuldvorwurf kann den Zurechnungsunfähigen überhaupt nie treffen. Erste und unentbehrliche Voraussetzung für das Schuldurteil ist die Zurechnungsfähigkeit. Erst wenn diese feststeht, taucht die Frage auf, ob irgendwelches Verschulden dem Handelnden vorzuwerfen ist[24]. Die Sache verliert indessen an Selbstverständlichkeit, wenn man die Frage grundsätzlicher stellt. Da hier das Verschulden des Geisteskranken im Stadium der VV, also im vorvertraglichen Raum liegt, ist es nicht ohne weiteres eindeutig, daß der Geisteskranke auch insoweit zurechnungsunfähig ist. Denn die Zurechnungsfähigkeit ist nicht auf die Vertragshaftung allein (§§ 104 ff.), sondern ganz auf die Alternative der Vertrags- und der Deliktshaftung (§§ 827 f.) zugeschnitten. So erhebt sich gerade die Frage, nach welchen dieser Maßstäbe die Zurechnungsfähigkeit des Geisteskranken zu beurteilen ist. Es handelt sich - allgemein gesprochen - um das Problem der subjektiven Zurechnungsfähigkeit im Schuldverhältnis der c.i.c.[25].

Freilich hat diese Frage nur theoretischen Wert, soweit die Tatbestandsmerkmale der Vertrags- und Delikstshaftung hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit des Geisteskranken zusammenfallen. Das ist der Fall, wenn für den Geisteskranken sowohl nach § 104 Nr. 2 als auch nach § 827 1 die "freie Willensbestimmung" tat-

---

23) Vgl. Canaris, NJW 64, 1987.
24) z. B. Esser § 9 IV (S. 69 f.); Canaris, Vertrauenshaftung, S. 166, 452.
25) Vgl. Canaris NJW 64, 1987; zust. Siebert-Hefermehl. Vorbem. §§ 104 ff. 21.

sächlich, d. h. in "natürlichem" Sinne, ausgeschlossen ist. Fehlt ihm der Wille überhaupt, so soll er nicht nur die davon abhängige Rechtsfolge nicht selbstbestimmen, sondern es soll ihn auch kein - eben als "Willensfehler" bezeichnetes[26] - Verschulden treffen können. Wegen der jedenfalls fehlenden Zurechnungsfähigkeit kann somit - gleich, wie man sich über die theoretische Frage entscheidet - auch keine Rechtsfolge aus c.i.c. in Betracht kommen.

Fraglich sind nur die im Rahmen des § 104 Nr. 3 möglicherweise entstehenden Fälle, in denen trotz der erfolgten oder noch bestehenden Entmündigung die Geisteskrankheit nicht besteht oder nicht mehr besteht oder der Entmündigte sich im Zustand lichter Zwischenräume befindet. Die Geschäftsunfähigkeit bestimmt sich hier nicht nach dem tatsächlichen Bestand der Geisteskrankheit, sondern nach dem Rechtszustand der Entmündigung; es geht nämlich nicht um eine "natürliche", sondern um eine "rechtliche" Geschäftsunfähigkeit. Die Schwierigkeit liegt hier eben darin, daß die Tatbestandsmomente des § 827 nicht zugleich die beschriebenen Tatbestände des § 104 Nr. 3 erfassen[27], so daß der in der Tat gesunde Entmündigte nach § 827 verschuldens- oder deliktfähig ist. Was soll also geschehen, wenn sein Verschulden im Verantwortungsbereich der c.i.c. liegt? Ist dann die Haftung nach den Vertrags- oder nach den Deliktsmaßstäben zu beurteilen?

Ist der Entmündigte nach § 827 verschuldensfähig, so kann er wegen Betruges (§§ 823 II i.V.m. 263 Str. GB) und nach § 826 ersatzpflichtig sein, wenn er die Entmündigung arglistig verschweigt oder vorspiegelt und dadurch andere veranlaßt, sich mit ihm in Geschäfte einzulassen[28]. Diese Vorschriften begründen aber nur eine reine und selbständige Haftung aus unerlaubter Handlung. Die Tatsache, daß der Tatbestand sich im Bereich der c.i.c. vollzieht, ist in keiner Hinsicht bedeutend. Unerlaubte Handlung und c.i.c. werden als verschiedenartige Haftungsgründe selbständig betrachtet. 'Wenn hier die Haftung aus der unerlaubten Handlung (§§ 823 II, 826) stets auch die Erfüllung des subjektiven Tatbestands, also die Anwendung des § 827 auch im Schuldverhältnis der c.i.c. voraussetzt, so liegt

---

26) So treffend Esser, a.a.O.

27) Die Entmündigung als solche hat auf die Verschuldensfähigkeit keine unmittelbare Wirkung, z. B. RGZ 108, 86, 90; WarnR. 1912 Nr. 26; Josef LZ 26, 321; Staud.-Schäfer § 827.14; Staud.-Coing § 104.11 a.E.; Siebert-Zeuner § 827.3; Erman-Drees § 827.2.

28) Vgl. die soeben Zitierten.

das nur daran, daß wie alle Vorschriften der unerlaubten Handlung, so auch § 827 auch im Rahmen eines schon bestehenden Schuldverhältnisses - unmittelbar - gilt. Die Anwendung des § 827 auch in diesem Haftungsgebiet bestimmt daher die Verschuldensfähigkeit des Entmündigten notwendig nur nach den Deliktsvorschriften, also nur die Deliktsfähigkeit und die damit verbundene Haftung, sagt aber wenigstens unmittelbar nichts darüber, ob der Entmündigte auch als Verhandlungsteilnehmer verschuldensfähig sei. § 827 ergibt unmittelbar nur den persönlichen Tatbestand einer unerlaubten Handlung. Der persönliche Tatbestand der c.i.c. kann erst aus einer Analogie zu dieser Bestimmung hergeleitet werden. Dazu sind aber andere Kriterien in Erwägung zu ziehen.

Für eine analoge Anwendung des § 827 könnten Argumente vor allem aus der Vorschrift des § 276 I 3 entnommen werden. Danach soll der in § 827 (und § 828) geregelte Tatbestand der Verschuldensfähigkeit auch im Bereich der vertraglichen Verantwortlichkeit gelten. Gilt also § 827 (auch) in vertraglichen Verhältnissen, so läge es nahe, daß er auch in vorvertraglichen Verhältnissen wirkt. Hier ist aber der Sinn des § 276 zu beachten: Diese Vorschrift bezieht sich ausschließlich auf das Gebiet der Leistungsstörungen, wobei das Prinzip der Verschuldenshaftung aufgestellt (I 1) und[28a] alsbald mit dem Erfordernis der Verschuldensfähigkeit klargemacht wird (I 2). Sie setzt daher ein schon bestehendes Schuldverhältnis voraus. Die Frage der Vertragswirksamkeit unterliegt nur den Geschäftsfähigkeitsvorschriften, welche aber hier die vertraglichen Erklärungen des Entmündigten für nichtig erklären. Kommen also die Geschäftsfähigkeitsvorschriften in Betracht, so bleibt für § 276 und die Verschuldungsfähigkeitsvorschrift des § 827 kein Raum. Deren Anwendungsgebiete überschneiden sich insofern nicht, so daß auch kein Konkurrenzproblem entsteht. Eine analoge Anwendung des § 827 mittels des § 276 erscheint deshalb völlig ausgeschlossen.

Um so weniger wäre nun eine "direkte" Übertragung des § 827, d. h. ohne "Vermittlung" des Vertragsrechts, auf das Recht der c.i.c. möglich. Sie darf aber nicht etwa mit der Begründung abgelehnt werden, wäre § 827 anwendbar, so würde man bei der c.i.c. strenger haften als bei vertraglichem Schuldverhältnis, was dem Grundsatz widerspräche, aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis werde nur

---

28a) Vgl. Esser, a.a.O.

für vertragliche Sorgfalt gehaftet[29]. Denn dieser Grundsatz betrifft nur den Haftungsmaßstab, keinesfalls die Haftungs-(Pflicht-)Begründung; eine vorvertragliche Haftung kann nämlich auch bei Versagen jeglicher vertraglichen Haftung gegeben sein (vgl. schon §§ 306, 307), so daß sie soweit strenger als die vertragliche ist. Hinsichtlich der Haftungsbegründung ist die entscheidende Frage wohl immer nur, ob beide Haftungsarten miteinander in innerer Übereinstimmung stehen.

Eben diese Frage drängt sich auch hier auf. Es muß deshalb das Rangverhältnis zwischen dem Haftungsgrund der c.i.c. und den den fraglichen vertraglichen Vorschriften zugrunde liegenden Prinzipien maßgebend sein[30].

Wenn also zunächst das Gesetz den den rechtsgeschäftlichen Erfolg begründeten Willen, d. h. den "rechtsgeschäftlichen" Willen des Entmündigten, ignorieren will, so kann es unmöglich seinen zwar nicht auf das Rechtsgeschäft selbst, aber auf dessen Begründung stets nur hinzielenden Willen, also seinen "rechtsgeschäftlichen" Willen, anerkennen wollen. Die Tatsache, daß es sich bei der c.i.c. nicht um eine "gewollte", sondern um eine vom Gesetz auferlegte Rechtsfolge handelt, spricht nicht dagegen. Denn selbst eine derartige Rechtsfolge würde voraussetzen, daß das Gesetz den "geschäftsähnlichen" Willen anerkennt. Davon kann jedoch nicht die Rede sein. Ist der Entmündigte zum Vertragsschluß unfähig, so kann er nicht schon zu Vertragsverhandlungen fähig sein. Verneint das Gesetz den Willen zu jetziger Übernahme einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung, so könnte es nur widersprüchlich den Willen zu künftiger Übernahme derselben Verpflichtung anerkennen. Oder m.a.W.: Ist der Wille einmal bei Vertragsschluß als rechtlich irrelevant erklärt, so kann er nicht nach Vertragsrecht unbeachtlich, in der Richtung der c.i.c. aber beachtlich sein. Diese Folgerung ist, wenn der eindeutige ~~tige~~ Ausgangspunkt des Gesetzes nicht aufgespalten werden soll, zwingend. Ist es nun so, so bewirkt die Unbeachtlichkeit des geschäftsähnlichen Willens auch die Unzurechenbarkeit des eben hierauf beruhenden Verschuldens. Das geschäftsähnliche Verhalten des Entmündigten ist ihm ebensowenig zurechenbar wie das reine geschäftliche Verhalten. Ihm ist daher auch keine (Offenbarungs-)Pflicht bei Vertragsschluß zuzumuten. Seine Zurechnungsfähigkeit ist vollkommen ausgeschlossen.

---

29) So aber Canaris, NJW 64, 1988 (1. Sp.), ohne jedoch darauf das entscheidende Gewicht zu legen.

30) So im Ergebnis auch Canaris, ebd.

Die Unzurechenbarkeit des geschäftsähnlichen Verhaltens schließt dann notwendig auch das rechtspolitische Ziel des Schutzes in sich. Der Entmündigte und der Geschäftsunfähige überhaupt können nur entsprechend ihrer Unzurechnungsfähigkeit auch im Bereich der vorvertraglichen Haftung, also auch vor geschäftsähnlichen Folgen geschützt werden; sie dürfen auch insoweit keine Vermögenseinbußen erleiden.

Die in den §§ 104 ff. ausgesprochenen Grundsätze gelten daher auch im Haftungsrahmen der c.i.c. und drängen somit deren rechtliche Grundlage, das Prinzip des Vertrauensschutzes ohne weiteres zurück.

Dieses Ergebnis entspricht übrigens auch der allgemeinen Tendenz des Gesetzes, den Geschäftsunfähigkeitsschutz so weit wie möglich auszudehnen. Diesem Schutz hat das Gesetz solche Bedeutung zugemessen, daß er selbst vor dem die ganze Rechtsordnung durchziehenden Vertrauensgedanken Vorrang genießt. Augenfälliger Beweis dieser Rangabstufung ist der fehlende Gutglaubensschutz bei Geschäftsunfähigkeit im gesamten BGB (z. B. vor allem auch bei § 682[31]) oder § 935[32]), sogar auch im Recht der Inhaberschuldverschreibung (§§ 793 ff.) oder im Wertpapierrecht, wo ansonsten der Schutz von Vertrauens- und Rechtsscheinstatbeständen umfassend durchgeführt ist: Der Geschäftsunfähige soll auch durch einen von ihm erzeugten Rechtsschein nicht verpflichtet werden; lag schon bei der Ausstellung des Inhaberpapieres Geschäftsunfähigkeit vor, so kann auch der gutgläubige Dritte keine Rechte erwerben, der Mangel der Geschäftsfähigkeit in diesem Augenblick kann jedem Inhaber des Papieres entgegengesetzt werden (absolute Einwendung!)[33]. Auch im Gesellschaftsrecht wird das Prinzip der Haftung der

---

31) Danach haftet der nicht (voll) Geschäftsfähige "nur" nach den Vorschriften der unerlaubten Handlung und der ungerechtfertigten Bereicherung.

32) Vgl. Canaris, a.a.O. m. Nachw.

33) Hueck, Recht der Wertpapiere, 10. Aufl. (1967) § 24 IV 3 (S. 114) u. V 1 (S. 115); Rehfeldt-Zöllner, Wertpapierrecht, 10. Aufl. (1972) § 5 IV (S. 28), § 12 I (S. 47 f.); Erman-Hense § 794.1. - Auf der anderen Seite wird der Aussteller - nach der heute überwiegenden Meinung, auch durch Zahlung an einen geschäftsunfähigen (oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten) Papierinhaber befreit; vgl. Hueck, a.a.O. § 24 III 2 mit Hinw. auf § 12 III 3; Rehfeldt-Zöllner, a.a.O. § 20 II 3; Baumbach-Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 11. Aufl (1973), 17 zu Art 17; Palandt-Thomas § 793.4; Soergel-Lipisch § 793.15; Erman-Hense § 793.10. Zur Gegenmeinung Stranz, Wechselgesetz, 1952, 19 zu Art 16.

Scheingesellschafter dahingehend durchbrochen, daß ein geschäftsunfähiges Mitglied der Gesellschaft von der Haftung ausgenommen wird, da wegen fehlender Zurechenbarkeit eine Haftung des Geschäftsunfähigen aus dem Gesichtspunkt des veranlaßten Rechtsscheins ausscheidet[34]. Erinnert sei noch an Art. 7 Abs. 3 EGBGB. Ausländer werden im Inland insoweit als geschäftsfähig behandelt, als sie nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würden. Auf den guten Glauben des Geschäftsgegners kommt es nicht an. Es handelt sich um eine absolute Schutzvorschrift zugunsten des inländischen Verkehrs[35].

Das Verkehrsschutzinteresse hat also zurückzutreten hinter dem absoluten Schutz des Geschäftsunfähigen vor Vermögenseinbußen nicht nur vertraglicher, sondern auch vorvertraglicher Art. Die Vorschriften der §§ 104 f. erfassen nicht nur den Leistungs-, sondern auch das Vertrauensinteresse. Schadensersatzansprüche aus Beeinträchtigungen des Vertrauensinteresses gegen den Geschäftsunfähigen sind somit nicht durchsetzbar.

Wird also den Belangen des Haftungsunfähigen der Vorzug gewährt, so ist ein Verkehrsschutz im übrigen auch nicht etwa in den Vorschriften der §§ 122 und 829 zu sehen. Diese Vorschriften bleiben nur als mögliche gesetzgeberische Vorbilder erwägenswert. Eine Analogie de lege lata ist nicht annehmbar. Dem § 122 steht im näheren auch das Bedenken entgegen, daß es sich bei § 122 um Erklärungen handelt, die einem an sich gesunden Willen entspringen und nur wegen bestimmter, nicht in der Natur des Willens liegender Mängel ungültig werden können[36], oder daß, wie Heß[37] formuliert, der Irrtum einer falsch gestimmten Saite eines Musikinstruments gleicht, während der Irrsinn einen in den meisten Fällen irreparablen Fehler des Musikinstruments selber darstellt. § 829 knüpft andererseits die (jedenfalls subsidiäre) Ersatzpflicht nur an die objektive Verwirklichung der Deliktstatbestände (§§ 823 - 826) und ist bei außerdeliktischen Haftungsfällen, wie auch § 276 I 3 nur die §§ 827, 828, nicht aber § 829 zitiert, nicht anwendbar[38].

---

34) Vgl. z. B. Ennec.-Lehmann § 176 III 2 a.E. und BGHZ 17, 160, 166, wo mit Rücksicht auf den Schutz eines Minderjährigen die Annahme einer "faktischen Gesellschaft" verneint wird.
35) Dölle, a.a.O., S. 24, Anm. 4.
36) Simon, a.a.O., S. 293.
37) Zitiert bei Gerstberger, a.a.O., S. 10.
38) h. L., vgl. statt aller Staud.-Schäfer § 829.15 ff.

In Hinsicht auf den Schutz des Geschäftsunfähigen kommt schließlich auch die Saldotheorie nicht zur Anwendung[39].

2. Die Regelung der beschränkten Geschäftsfähigkeit (§§ 106 ff.) ist gegenüber der Behandlung der Geschäftsunfähigkeit grundsätzlich dadurch aufgelockert, daß der Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen (§ 106) und der ihnen gleichgestellten Entmündigten (§ 114) nur insoweit Schranken gezogen sind, als dadurch verhindert wird, daß diese Personen durch ihre Willenserklärungen sich selbst benachteiligen. In der grundlegenden Vorschrift des § 107 wird darum zwischen solchen Willenserklärungen unterschieden, welche diesen Personen lediglich rechtlich vorteilhaft sind, und Willenserklärungen anderer Art. Nur hinsichtlich der letzteren bestehen die Schranken, hinsichtlich ersterer besteht volle Geschäftsfähigkeit. Nach § 107 bedürfen also die genannten Personen zu einer Willenserklärung, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen, der Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter. Mangelt diese, so gestaltet sich die Rechtslage wiederum verschieden, je nachdem, ob es sich um ein einseitiges (§ 111) oder um ein zweiseitiges (§§ 108 - 110) Rechtsgeschäft handelt. Das einseitige Geschäft soll dann nach Maßgabe des § 111 unwirksam sein, der Vertrag aber in einem schwebend unwirksamen Zustand geraten, der mit der Erteilung oder Ablehnung der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters endigt; wird die Genehmigung erteilt, so gelangt der Vertrag mit rückwirkender Kraft zu voller Wirksamkeit, wird sie aber abgelehnt, so geht die schwebende Unwirksamkeit in Nichtigkeit[40] über.

Wer sich zunächst auf den Vertragsschluß mit einem beschränkt Geschäftsfähigen einläßt, kann sich zwar, wenn er über die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und damit die Wirksamkeit des Vertrages Gewißheit haben will, diese vor Abschluß des Vertrages verschaffen[41]. Das gilt auch bei einseitigem Rechtsgeschäft, wobei der Empfänger die Erklärung des beschränkt Geschäftsfähigen

---

39) Vgl. dazu Blomeyer, AcP 154, 527, 543; Lübtow, Condictio, S. 157ff.; Pawlowski, a.a.O., S. 56 ff.; Siebert-Hefermehl, Vorbem. §§ 104 ff. 30 m. weit. Nachw.

40) h. M.; z. B. Palandt-Danckelmann § 108.1; Staud.-Coing § 108.5; Siebert-Hefermehl § 108.1; Lehmann-Hübner § 28 A III 2 a (S. 189); abweichende Meinungen vgl. bei Oertmann § 107.5, ferner Münzel NJW 59, 601.

41) Flume § 13 7 c cc (S. 196).

unverzüglich zurückweisen kann, wenn der beschränkt Geschäftsfähige ihm nicht mit der Erklärung die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in schriftlicher Form vorlegt oder der gesetzliche Vertreter ihm die Einwilligung nicht mitgeteilt hatte (§ 111). Dennoch setzen sowohl die Möglichkeit zur Kenntnis der Zustimmung bei Vertrag als auch die Ausübung des Zurückweisungsrechts bei einseitigem Rechtsgeschäft voraus, daß der Geschäftsgegner die Minderjährigkeit oder sonstige Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Partners erkannt hat. Entmündigungen sind aber nur schwer erkennbar, und es kann auch eine Täuschung über das Alter des Partners vorkommen. Kann also dann der Geschäftsgegner, der sich gutgläubig auf die Geschäftswirksamkeit verläßt, den Schaden ersetzt verlangen, den er durch Unterlassung einer Aufklärung des beschränkt Geschäftsfähigen über seinen rechtlichen Status erleidet?

Die Frage ist wiederum - entsprechend der Problematik bei §§ 104 Nr. 3, 105, 827 - nur unter dem Blickwinkel der vertraglichen Vorschriften zu betrachten[42]. Es muß daher auch hier der gesetzgeberische Grund, dessen Bestimmungen und dessen Verhältnis zu der c.i.c. ermittelt werden.

Der tragende Gedanke war hier nicht etwa die Anerkennung einer "beschränkten" Willensfähigkeit der in Frage stehenden Personen und dementsprechend eine "beschränkte" Beteiligung am rechtsgeschäftlichen Verkehr. Zwar sind diese Personen doch "beschränkt" willensfähig in dem Sinne, daß bei ihnen die Fähigkeit einer vernünftigen rechtlich bedeutsamen Willensbildung grundsätzlich nicht fehlt, wegen ihres jugendlichen Alters oder besonderen Veranlagung aber jene Fähigkeit regelmäßig doch nicht der des erfahrenen und normal veranlagten, zielbewußt Handelnden gleichkommt. Aber diese rational-theoretische These vermag schon rein konstruktiv (anders als bei der Geschäftsunfähigkeit[43]) noch keine positive

---

42) Problematisch sind auch hier nur die Fälle, in denen der beschränkt Geschäftsfähige bei seinem Verhalten die zur Kenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatte (§ 828 II), so daß er infolge Verschuldensfähigkeit eine unerlaubte Handlung (§§ 823 II, 826) begehen kann; denn fehlt auch dieser Tatbestand, so ist schon im voraus jegliche Haftung (freilich nur, wenn - auf der anderen Seite - das Geschäft wegen Verweigerung der Zustimmung nichtig ist) ausgeschlossen. Nach dem bei der Geschäftsfähigkeit Gesagtem kann es aber auch hier nicht auf eine Analogie zu der Deliktsfähigkeitsvorschriften ankommen (vgl. dort S. 151 ff.); so auch etwa Medicus § 8 V 5 (S. 70 f.); Canaris, a.a.O.

43) Es ist eine andere Frage, ob der Gesetzgeber des BGB bei dieser These geblieben ist oder nicht (dazu schon S. 146 ff.).

Regelung zu rechtfertigen. Denn es würde sofort nach den Kriterien gefragt werden, nach welchen aus einer "beschränkten" Willensfähigkeit die "beschränkte" Beteilung am Geschäftsverkehr, d. h. die "beschränkte" Geschäftsfähigkeit, zu folgern wäre. Es müßte noch eine Wertung hinzukommen, welche nicht nur den inneren Sinn, sondern bereits den Gegenstand oder die Richtung dieser "Beschränkung" ergeben könnte. Diese Wertung ergibt sich nun schon aus den Motiven[44] und liegt in dem Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen vor dem Abschluß nachteiliger Geschäfte. Deren rechtswirksamer Abschluß soll nämlich nur von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abhängen. Geschäfte dagegen, die für den beschränkt Geschäftsfähigen nur rechtlich vorteilhaft sind, kann er uneingeschränkt abschließen, da er insofern eben keines Schutzes bedarf. Damit wird die gesetzliche Regelung erst durch den Schutzgedanken verständlich.

Obwohl aber die belastenden Erklärungen des beschränkt Geschäftsfähigen schlechthin, d. h. "von Gesetz wegen", für "nichtig" erklärt werden könnten, wurde die Frage ihrer Wirksamkeit bzw. der Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen in die Hände des gesetzlichen Vertreters gelegt. Das Gesetz hat sogar nur in dessen freien Belieben gelassen, ob dieser durch seine Zustimmung die Erklärungen des Vertretenen gelten läßt; die Zustimmung kann weder durch Klage erzwungen noch durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Das Gesetz hat sich auch nicht mit einem Anfechtungsrecht des gesetzlichen Vertreters[45] begnügt, das der Geschäftsgegner etwa des Minderjährigen durch den Nachweis der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ausräumen könnte, und das daher für den Schutz gegen wirtschaftlich nachteilige Geschäfte ausreichen würde. Wie jedoch die meisten Schulbeispiele zu dieser Frage zeigen, geht es gar nicht darum, den Minderjährigen davor zu schützen, daß er für sein Geld zu wenig erhält. Das ist z. B. in dem Lehrbuchbeispiel, in dem der minderjährige Student von seinem Wechsel einen wert-

---

44) Dort heißt es: "Minderjährige, welche das siebente Lebensjahr zurückgelegt haben, sind zwar willenskräftig, besitzen aber nicht denjenigen Grad geistiger Reife und geschäftlicher Erfahrung, welcher erforderlich ist, um ungefährdet im Rechtsverkehr selbständig auftreten zu können. Der seitens der Rechtsordnung ihnen zu gewährende Schutz besteht darin, daß sie in der freien Gebahrung beschränkt und Umfang und Folgen dieser Beschränkung so bestimmt werden, daß die von ihnen vorgenommenen nachteiligen Rechtsgeschäfte möglichst unschädlich gemacht werden".

45) Wie es z. B. das italienische ZGB vorsieht; vgl. dazu R. Schmidt, Festschr. f. Lehmann II, S. 483 ff.

vollen Schmuckgegenstand kauft, um diesen einer Schauspielerin zu verehren, gar nicht der Fall. Was diesen Fall zu einem Musterbeispiel eines "unvernünftigen" Geschäftes des Minderjährigen macht, ist die Tatsache, daß eine derartige Handlungsweise vom Standpunkt der Erziehung des Minderjährigen "unerwünscht" ist[46]. Dieser Zusammenhang zeigt, daß die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters auch der Erziehung des Minderjährigen dient. Dadurch soll auch verhindert werden, daß Geschäftsleute mit einem Minderjährigen Geschäfte abschließen, die der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen als für dessen Erziehung schädlich ansieht[47].

Die Tatsache, daß der von § 107 ff. verfolgte Zweck des Schutzes und der Erziehung tatbestandsmäßig dem gesetzlichen Vertreter überlassen ist und durch dessen Zustimmung zum Rechtsgeschäft erreicht werden soll, zwingt nun, die Problematik in unserem Haftungsfall auch nur in den gleichen Zusammenhang zu bringen. So ist zu fragen, ob je nach der Erteilung oder Ablehnung der Zustimmung die Haftung aus c.i.c. eintritt oder zessiert.

Bei der so aufgestellten Frage entstehen Probleme nur dann, wenn das Geschäft nicht durch die Zustimmung gedeckt wird und damit nichtig ist[48]. Es fragt sich also, ob sich der durch die Verweigerung der Zustimmung und die Vertragsnichtigkeit erfolgte Ausschluß der vertraglichen Folgen auch auf die Haftung aus c.i.c. auf das negative Interesse[49] auswirkt, oder m.a.W., ob der von §§ 107 ff. bezweckte "Schutz" des beschränkt Geschäftsfähigen auch dessen beschränkte Zurechnungsfähigkeit im Schuldverhältnis der c.i.c. - entsprechend - bestimmt.

---

46) Pawlowski, a.a.O., S. 57 f.

47) So vor allem Pawlowski, a.a.O., der diesen Gedanken zutreffend auch aus den §§ 112, 113 ableitet; ebenso Erman-Westermann § 106.1; zust. Siebert-Hefermehl § 106.1.

48) Wird die Zustimmung erteilt, so sind dadurch die Interessen des zu Schützenden völlig gewahrt, das Geschäft ist wirksam und der beschränkt Geschäftsfähige haftet daraus wie ein voll Geschäftsfähiger. Es besteht daher kein Anlaß, die Haftung aus c.i.c. fernzuhalten. (So auch die h.L.; z. B. Medicus, JuS 65, 215; Merz, a.a.O.; Canaris, a.a.O.). Sie darf sogar hier uneingeschränkt in Betracht kommen, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob das negative Interesse das positive Interesse übersteigt.

49) Zur Erwägung bieten sich nur die Fälle, in denen das negative Interesse das positive höchstens erreicht. Ist das negative Interesse größer, so scheidet die Haftung bereits aus allgemeinen Gesichtspunkten aus. Der geschädigte Dritte darf nicht besser gestellt werden, als durch Erfüllung des beabsichtigten und gescheiterten Vertrages. Der Gedanke der §§ 122, 179, 307 trifft hier voll zu. Insofern ist die Problematik genau die gleiche wie bei § 125 (vgl. dort S. 101 ff.). Anders anscheinend Medicus, a.a.O.

Manche[50] wollen die Haftung schon dann eintreten lassen, wenn der gesetzliche Vertreter mit der Aufnahme des "geschäftlichen Kontakts", d. h. der Vertragsverhandlungen, einverstanden war. Das soll folgen aus einer Analogie zu § 179 III 2[51]. Diese Begründung überzeugt jedoch nicht. Man übersieht dabei, daß diese Vorschrift spezifisch auf den Fall fremdbezogenen Handelns des beschränkt Geschäftsfähigen, und nicht auf den Fall des Handelns für sich selbst zugeschnitten ist[52]. Vielmehr kommt es auf eine derartige Zustimmung nicht an.

Es ist weder erforderlich noch genügend, die Aufnahme von Vertragsverhandlungen für zustimmungsbedürftig zu erklären. Gegenstand der Zustimmung ist nur das Zielgeschäft, nie die Zielverhandlung. Denn unrichtige oder unterlassene Angaben sind nicht zustimmungsfähig (im Sinne der §§ 107 ff.). Daß diese Angaben geschäftsähnliche Erklärungen sind, ändert an dem Ergebnis nichts; denn eine entsprechende Anwendung der Willenerklärungsvorschriften auf geschäftsähnliche Erklärungen ist anerkanntermaßen nur dann und insoweit zulässig, als Zweck und Charakter dieser Vorschriften wie der mit der geschäftsähnlichen Erklärungen verbundenen Haftung es zulassen (Analogiefähigkeit) und die Interessenlage es erfordert (Analogiebedürfnis)[53]. Hier fehlt es aber sowohl an der Analogiefähigkeit als auch an dem Analogiebedürfnis. So fehlt es zunächst mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Zugehörigkeit von Verhandlungs- und Zielgeschäftsbeziehung an dem Bedürfnis nach gesonderter Zustimmungsfähigkeit der geschäftsähnlichen Angaben[54]. Es fehlt sodann auch an der Analogiefähigkeit. Die Zustimmung ist ihrem Wesen nach nur mit einer "gewollten" Wirkung, also mit einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung verbunden. Wollte man sie auf die die Haftung aus c.i.c.

---

50) z. B. Canaris, a.a.O., S. 1988; Larenz, SchuldR. § 9 I 5 (S. 96).

51) Canaris, ebd.; zust. Larenz, ebd.

52) So richtig Frotz, Festschr. f. Gschnitzer 1969, S. 163, 176, der weiter erklärt: "Während der BGB, wo eine Gestaltung des eigenen Rechtskreises des beschränkt Geschäftsfähigen in Frage steht, den Schutz des Verkehrs bei rechtlich nachteiligen Geschäften stets an eine auf das Geschäft selbst bezogene Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bindet, konnte es dies bei fremdbezogenem Gestaltungshandeln des beschränkt Geschäftsfähigen von vornherein nicht. Aus der Tatsache, daß ihm hier garnichts anderes übrig blieb, ob die den Verkehrsschutz wiederherstellende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters auf das Vertretungshandeln als solches zu beziehen, kann man keine Ergebnisse für Handlungen des beschränkt Geschäftsfähigen im eigenen Rechts- und Pflichtenkreis ableiten". Sehr ähnlich schon Dömpke, a.a.O., S. 23. Mit interessanter Begründung ablehnend auch Medicus § 8 V 5 (S. 70 f.).

53) Diesen Zusammenhang hat schon Hildebrandt (a.a.O., S. 141 f.) richtig erfaßt; vgl. auch Staud.-Coing § 107.9 a.E.

54) Hildebrandt, a.a.O.

ergebenen Angaben übertragen, so würde man selbst das ursprüngliche, "gesetzliche" Wesen dieser Haftung aus den Angeln heben. Die Verpflichtung in contrahendo kann nur das Gesetz selbst auferlegen, auf den Privatwillen kommt es überhaupt nicht an[55]. Derartige Angaben sind überdies um so weniger analogiefähig, als durch eine Zustimmung hierzu - anders als zu den Willenserklärungen - typisch nur Pflichten begründet werden könnten; denn die Rechte beruhen (in diesem Rechtsgebiet) nur auf einer Pflichtverletzung des Gegenkontrahenten und entspringen nicht aus demselben Akt wie bei Willenserklärungen. Die Zustimmung kann aber überhaupt nur da zugelassen oder gefordert werdem, wo Pflichten und Rechte oder (irgendwelche Vorzüge) gegeneinander abzuwägen sind wie eben bei Willenserklärungen. Eine Zustimmung, die letzten Endes ja nur zu belastenden Rechtsfolgen führte, wäre doch widersinnig!

Der tatsächlich erteilten Zustimmung zu Eintritt in Vertragsverhandlungen kommt keine rechtliche Bedeutung zu. Sie reicht allein keinesfalls aus, um eine selbständige Haftung zu begründen. Die rechtliche Relevanz liegt vielmehr nur in der Zustimmung zum eigentlichen Rechtsgeschäft. Die andere hat nur vorläufigen Charakter und darf - oder soll - auch im Rahmen des nach dem allgemeinen Erziehungszweck Vertretbaren und zum Zwecke der allmählichen Einführung des Minderjährigen in das Wirtschaftsleben erteilt werden, um etwa seine geschäftliche Reife, sein Verhandlungsvermögen oder auch moralisches Bewußtsein äußern und entwickeln zu lassen. Während aber in dieser Hinsicht, d. h. wenigstens regelmäßig, die Erteilung dieser Zustimmung stets den Interessen des Minderjährigen dient, kommt es für die Erteilung der Zustimmung zum Rechtsgeschäft selbst nur auf den konkreten Fall an, ob das Rechtsgeschäft den Interessen des Minderjährigen entspricht. Denn die - an sich zulässige oder gebotene - Handlungsfreiheit des Minderjährigen im Verhandlungsstadium kann erst am (oder vom) Ergebnis seiner Bemühungen vom gesetzlichen Vertreter endgültig beurteilt werden, wobei seine Handlungsweise als schädlich oder nützlich für ihn geschätzt werden kann. Die Zustimmung oder Nicht-Zustimmung zum Rechtsgeschäft impliziert daher auch eine Wertschätzung des mit dessen Anbahnung verbundenen Handelns, so daß durch die Zustimmung oder Nicht-Zustimmung zum Rechtsgeschäft auch die von diesem Handeln

---

55) Dies meint wohl auch Hildebrandt, wenn er insoweit auf den "grundlegenden Wesensunterschied zwischen Willens- und Wissenserklärungen" hinweist, a.a.O.

herrührende Rechtsfolge beeinflußt werden muß. Sollen die Interessen des Minderjährigen bei dem angestrebten Rechtsgeschäft gewahrt werden, so müssen auch seine Bemühungen dazu schutzwürdig sein. Bemühungen und deren Ergebnis können nur einheitlich bedacht werden. Die Entscheidung des gesetzlichen Vertreters, dem Ergebnis der Verhandlungen des Minderjährigen zuzustimmen, beruht eben auf der Würdigung, daß der Schützende "reif" genug ist, "um ungeführdet im Rechtsleben selbständig auftreten zu können[56]". Soll er anders entscheiden, so darf niemand diese Person in die Position des erfahrenen und normal veranlagten Handelnden versetzen. Der Geschäftsbeschränkte soll gegen alle Folgen seiner - nachgewiesenen - geschäftlichen Unerfahrenheit geschützt werden. Und wenn letztlich schon die Erteilung der Zustimmung zu Vertragsverhandlungen gerade in seinem Interesse liegt, so würde eine lastende Rechtsfolge dabei schon dem Geiste dieser so gemeinten und so zu verstehenden Zustimmung zuwiderlaufen. Auf eine so "empfindliche" Lage allein darf man überhaupt keine Haftung gründen.

Entgegen der "individualistisch" ausgerichteten Regelung der Geschäftsfähigkeit werden aber hier auch die Interessen des Geschäftsgegners in Rücksicht genommen[57]. So kann dieser den auf ihn nachteilig wirkenden Schwebezustand zum Ende bringen, indem er den gesetzlichen Vertreter durch Aufforderung zur Genehmung des Vertrages nach § 108 II zwingt. Außerdem ist er nach § 109 bis zur Genehmigung des Vertrages zum Widerrufe berechtigt. Auch bei einseitigem Rechtsgeschäft steht ihm das Zurückweisungsrecht zur Verfügung (§ 111). Diese Rechtslage verbietet nun eine einseitige Auslegung zugunsten des beschränkt Geschäftsfähigen. Die Möglichkeit seiner Offenbarungspflicht muß deshalb auch in diesem Zusammenhang untersucht werden.

Allen drei genannten Rechten liegt im Hinblick auf unsere Offenbarungspflicht das Gemeinsame zugrunde, daß deren Ausübung stets die Kenntnis des Rechtszustandes des beschränkt geschäftfähigen Partners voraussetzt. Gemeint ist freilich beim Aufforderungs- (§ 108 II) und Widerrufsrecht (§ 109) eine Kenntnis nach dem Vertragsschluß und bis zu (Ablehnung oder Erteilung) der Genehmung, beim Zurückweisungsrecht (§ 111) eine Kenntnis schon bei Abgabe der Erklärung des beschränkt

---

56) Mot. I, S. 131.

57) Schon in den Mot. (I, S. 132 ff.) wird darauf hingewiesen, daß die einschlägigen Vorschriften zwischen den Interessen des beschränkt Geschäftsfähigen und des Verkehrs vermitteln sollen.

Geschäftsfähigen. Bei dieser inneren Abhängigkeit der - jedenfalls gesicherten - Rechte von der Kenntnis der beschränkten Geschäftsfähigkeit scheint die Überlegung nahe zu liegen, daß die Verschaffung dieser Kenntnis eher Gegenstand eines - gleichfalls gesicherten - Rechtes gegenüber dem beschränkt Geschäftsfähigen sein sollte, als sie dem Geschäftsgegner als sein eigenes Risiko aufgelastet werde; denn wenn sich im letzten Fall die Erlangung der Kenntnis von der beschränkten Geschäftsfähigkeit der Erkenntnismöglichkeiten des Gegners entzöge, wo würde die Ausnützung seiner - unentbehrlichen - Rechte so gut wie ganz von dem Zufall abhängen.

Ist es aber so? Der angeführte Gedanke führt zu der näheren Frage, ob die Verletzung einer Offenbarungspflicht des beschränkt Geschäftsfähigen die fraglichen Rechte des Geschäftsgegners in ihrer Wirkung überhaupt beeinträchtige. Nur wenn dies der Fall wäre, dürfte - von dem hier erörterten Standpunkt aus - eine Offenbarungspflicht der beschränkt Geschäftsfähigen angenommen werden.

Davon kann jedoch nicht gesprochen werden. Übt der Berechtigte zunächst das Widerrufsrecht nicht aus, weil er den Mangel der Geschäftsfähigkeit nicht kennt, so kann der gesetzliche Vertreter den Vertrag entweder genehmigen oder nicht. Verweigert er die Genehmigung und wird damit der Vertrag nichtig, so wird das gleiche Ergebnis erreicht, wie wenn der Widerruf erfolgte. Genehmigt er den Vertrag, so ist dieser vollwirksam und der Geschäftspartner hat kein Interesse an Widerruf. Kann der Geschäftspartner ferner den gesetzlichen Vertreter auch nicht zur Genehmigung auffordern, weil er infolge Unkenntnis den Vertrag als gültig unterstellt, so verhält er sich hier bezüglich der Geltendmachung seiner vertraglichen Ansprüche wie bei normalem Vertragsschluß. Wenn also der beschränkt Geschäftsfähige seinen Verpflichtungen nachkommt, so heißt es normalerweise, daß der Vertrag inzwischen schon genehmigt wurde. Eine Aufforderung kommt insoweit nicht in Frage. Ebenso auch dann, wenn der Geschäftsbeschränkte die Erfüllung wegen Verweigerung der Genehmigung ablehnt. Beruft er sich schließlich auf den schwebenden Zustand, so kann dann der andere ohne weiteres zur Genehmigung auffordern[58]. Die Offenbarungspflicht läßt nun auch das Zurückweisungsrecht des § 111 unberührt[59]. Wenn die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Vornahme eines einseitigen empfangsbedürftigen Geschäfts dem beschränkt Geschäfts-

---

58) Weder die Genehmigung an sich noch das Aufforderungs- oder Widerrufsrecht sind an eine Frist gebunden.

59) Wäre es nicht so, so stünde nichts entgegen, die Grundsätze über c.i.c. auch auf ein einseitiges Rechtsgeschäft analog anzuwenden.

fähigen gegenüber erteilt worden ist, besteht für den anderen Teil eine tatsächliche Ungewißheit über deren Erteilung und damit über den Rechtsbestand des Geschäfts. Diese Ungewißheit wird gem. § 111.2 dadurch beseitigt, daß der beschränkt Geschäftsfähige die Einwilligung in schriftlicher Form vorlegen soll, so daß erst dann das Geschäft wirksam ist. Tut er dies nicht, so kann der Erklärungsgegner das Geschäft unverzüglich zurückweisen und dadurch dessen Ungültigkeit herbeiführen. Der Erklärungsgegner braucht sich demnach nicht auf die bloße Angabe des beschärnkt Geschäftsfähigen über das Vorhandensein der Einwilligung zu verlassen. Er kann vielmehr Gewißheit darüber in der erwähnten Weise verlangen, und wenn der andere nicht die schriftliche Einwilligung beibringt, dessen Erklärung zurückweisen. Der gute Glaube an die Einwilligung und damit an die Geschäftswirksamkeit wird deshalb nicht geschützt. Wenn nun der Erklärungsgegner die beschränkte Geschäftsfähigkeit nicht erkennen kann, und der beschränkt Geschäftsfähige darüber oder über die - vorhandene - Einwilligung schweigt, so kann der Gegner zwar keine schriftliche Einwilligung verlangen und hat somit keine Zurückweisungsmöglichkeit, das durch das Zurückweisungsrecht zu erreichenden Ergebnis ist aber doch schon gegeben, weil das Geschäft wegen der nicht schriftlich vorgelegten Einwilligung bereits unwirksam ist.

Der Geschäftsgegner verliert also nichts an seinen Rechten, wenn er über den - ihm unerkennbaren - rechtlichen Status seines Partners nicht informiert wird. In dieser Hinsicht erscheint die Annahme einer Offenbarungspflicht des beschränkt Geschäftsfähigen nicht notwendig oder gar entbehrlich.

Das Verkehrsinteresse soll nach der Wertung des Gesetzes seine Grenze eben in den besprochenen Rechten finden. Das Gesetz will doch dem Dritten nichts mehr gewähren, als es durch seine Bestimmungen ausdrücklich gewährt hat. Das ergibt sich besonders klar aus dem § 109. Danach ist der Vertragsgegner nur "bis zur Genehmigung des Vertrages" zum Widerrufe berechtigt. D. h., nach der Genehmigung kann kein Widerruf und daher - erst recht - auch kein Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse in Rede kommen. Ein derartiger Anspruch würde also diese Vorschrift fast völlig vereiteln. Zwar hätte der Vertragsgegner diesen Anspruch nur im Falle unerkennbarer z. B. Minderjährigkeit des Partners, während er nach § 109 II auch bei Kenntnis der Minderjährigkeit dann widerrufen kann, "wenn der Minderjährige der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet hat." Dieser Tatbestand bildet allerdings nicht den Hauptanwendungsfall des § 109. Denn

mit der "Arglist" ist schon eine unerlaubte Handlung (z. B. § 826) gegeben, so daß der Vertragsgegner etwa den vertragslosen Zustand sogar auch "nach" dem Zeitpunkt der Genehmigung geltend machen kann ; insoweit ist diese Anordnung durch die allgemeinen Deliktsvorschriften überholt. Bei § 109 handelt es sich deshalb grundsätzlich um Fahrlässigkeitstatbestände.

Weder aus der Rechtsstellung des beschränkt Geschäftsfähigen noch aus der des (voll geschäftsfähigen) Geschäftsgegners kann sich also eine Schadensersatzpflicht des ersteren aus c.i.c. ergeben. Maßgebend ist nur die Zustimmung zum angebahnten Rechtsgeschäft selbst. Nur dann tritt die volle Zurechnungsfähigkeit ein. Daß der gesetzliche Vertreter den Eintritt in Vertragsverhandlungen konsentiert hatte, ist rechtsunerheblich. Die von den §§ 107 ff. verfolgten Schutzzwecke finden in voller Konsequenz auch im vorliegenden Haftungsstadium Geltung und machen dem Vertrauens- oder Verkehrsinteresse keinen Platz[60].

---

60) So im Ergebnis auch Hildebrandt, a.a.O.; Frotz, a.a.O. Medicus JuS 65, 215; ders. Bürg.R. § 8 V 5 (S. 70 f.); Titze HWBRW VI, S. 522; Dömpke, a.a.O., S. 23 f.; ferner etwa RGRK § 108.6; Staud.-Coing § 108.5; Schlegelberger-Vogels § 108.7 a.E.; Erman-Westermann vor § 104.5. -
Das von den §§ 122, 829 und der Saldotheorie bei der Geschäftsfähigkeit Gesagte (S. 155 f.) gilt aus den gleichen Gründen auch hier. - Insbesondere aber verlangt die infolge der Verweigerung der Genehmigung eintretende Nichtigkeit auch hier ausnahmslos, den Besonderheiten des Einzelfalls unabhängige Durchsetzung. Da dem zu Schützenden die erforderliche Zurechnungsfähigkeit fehlt, darf ihm treuwidriges Verhalten nicht angelastet werden. Er darf sich daher uneingeschränkt auf die Nichtigkeitsfolge berufen, ohne daß sich sein Verhalten etwa als Rechtsmißbrauch oder v.c.f.p. darstellte. Die gebotene Rücksichtnahme auf vorrangige Ordnungszwecke, also der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen, dämpft die Auswertung des Mißbrauchsgedankens und kann nicht unter Hinweis auf § 242 versagt werden (z. B. Siebert-Knopp § 242.363 f.). Von diesem Standpunkt erklärt sich auch, warum der nicht voll Geschäftsfähige, der arglistig die Geschäftsfähigkeit vortäuscht, nicht (nach § 242) auf Erfüllung, sondern allenfalls nach Deliktsrecht auf Schadensersatz haftet: Auch bei der arglistigen Täuschung hierüber ist die Berücksichtigung der gesetzlichen Schutzzwecke unerläßlich. Man kann hier nicht mit dem Argument arbeiten, der Arglistige sei schutzunwürdig, denn dieser Satz gilt seinem Gehalt nach nur unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß dem Arglistigen sein Verhalten auch zurechenbar ist, und gerade darin, nämlich in der Frage der Zurechnungsfähigkeit liegt hier die Problematik (so richtig Canaris, Vertrauenshaftung, S. 286). Wenn deshalb die Täuschung oder der Mißbrauchsvorwurf nicht auf das Verhalten des Schutzwürdigen selbst, sondern auf das Verhalten Dritter gestützt wird, so kann - folgerichtig - gegen diese durchaus ein Erfüllungsanspruch gegeben sein, wie die Entscheid. BGHZ 44, 367, 371 deutlich macht: die Berufung auf eine infolge Geschäftsunfähigkeit des Erblassers eingetretene Vertragsnichtigkeit dem Erben versagt wird, der selbst

Schließlich sei noch ein im Rahmen des § 108 II entstehender spezifischer Fall angeführt. Die in dieser Vorschrift geregelte Anforderung zur Erklärung über die Genehmigung ist als Mittel zur Abkürzung des Schwebezustandes und der Ungewißheit gedacht. Der Geschäftsgegner kann sich jedoch keine Gewißheit darüber verschaffen, ob der Vertrag auf Grund einer dem beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber erteilten "Einwilligung" von Anfang an wirksam ist. Denn die Aufforderung bewirkt nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nur, daß eine vor der Aufforderung dem beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber erklärte "Genehmigung" oder Verweigerung der "Genehmigung" unwirksam wird, so daß insoweit der alte Schwebezustand wieder auflebt. Daraus ist zu schließen, daß eine nach § 107 vor Vertragsschluß dem beschränkt Geschäftsfähigen erteilte Einwilligung dem anderen Teil gegenüber immer wirkt. Eine entsprechende Anwendung des § 108 II mit der Maßgabe, daß bei Schweigen auf die Aufforderung der Vertrag trotz der Erteilung der Einwilligung hinfällig wird, ist nicht möglich[61]. Sie widerspräche nicht nur dem klaren Wortlaut und dem Ausnahmecharakter der Bestimmung, sondern auch den Gesetzesmaterialien. Die zweite Kommission hat hier den Geschäftsgegner auf den Weg der Feststellungsklage verwiesen[62] und außerdem den gerade dazu gestellten Antrag, die Unwirksamkeit auf diesen Fall auszudehnen, ausdrücklich abgelehnt[63]. Die Aufforderung des Vertragsgegners, die der gesetzliche Vertreter schuldhaft nicht beantwortet, will man daher nur unter dem Aspekt der Haftung aus c.i.c. bedeutsam wissen, wenn der Gegner sich auf das Schweigen verläßt und die Unwirksamkeit des Vertrages annimmt, während dieser auf Grund der erteilten Einwilligung

---

Forts. S. 168

beim Vertragsschluß anwesend war, diesen in Kenntnis der Geschäftsunfähigkeit gebilligt und die Leistung des anderen Teils für sich genutzt hat (so auch Siebert-Knopp § 242. 364; Canaris, a.a.O.). Der Vorrang etwa des Minderjährigkeitsschutzes braucht auch dann nicht geltend gemacht zu werden, wenn der Mißbrauchsvorwurf zwar aus einem Verhalten der geschützten Personen abgeleitet wird, dieses Verhalten aber nach Ende der Minderjährigkeit lag; BGH LM Nr. 3 zu § 1829; Siebert-Knopp, ebd.; Canaris, ebd. - Unvereinbar mit dem Schutzzweck der §§ 107 ff. ist auch die Lehre von "sozialtypischem Verhalten" in Beziehung mit Straßenbahnfahrten Minderjähriger; vgl. dazu bes. Lehmann NJW 58, 2, 4 f. Dasselbe läßt sich auch der Ansicht Lehmanns entgegenhalten, die Ablehnung der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters könne gegen § 242 verstoßen (ebenso Canaris, a.a.O., S. 319, Anm. 40).

61) h.L.; Ennec.-Nipp. § 152 N. 12; Flume § 13 7 cc (S. 198); Staud.-Coing § 108. 6; Siebert-Hefermehl § 108.8; RGRK § 108.8; Schlegelberger-Vogels § 108.9; a.A. Endemann, Lehrb. I § 29, Anm. 32; Palandt-Danckelmann § 108.3; Ermann-Westermann § 108.4.

62) Prot. I, 129.

63) Prot. I, 60.

wirksam ist[64]. Ohne Zweifel ist diese Haftung dem Kontrahenten in seiner mißlichen Lage weitgehend behilflich, um so mehr, da sie hier ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Höhe eintritt. Freilich greift sie hier nicht etwa "ausnahmsweise" ein, weil durch die erfolgte Einwilligung und damit die Gültigkeit des Vertrages die Schutzzwecke bereits erfüllt sind. Die Besonderheit liegt hier nur darin, daß der beschränkt Geschäftsfähige nicht aus eigenem Verschulden haftet, sondern nach § 278 wegen Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters.

II. Zu entscheiden ist jetzt, ob mit der Verneinung einer Verpflichtung des nicht voll Geschäftsfähigen umgekehrt auch dessen Anspruch wegen Verletzung seines Vertrauensinteresses entfällt. Der Geschäftsgegner kann z. B. trotz der von ihm erkannten Minderjährigkeit seines Partners ihn durch irreführende Angaben in den Glauben versetzen, daß der vorliegende Vertragsschluß für ihn vorteilhaft und die Genehmigung des Vertreters mit Sicherheit zu erwarten sei. Beschränkt sich die analoge Anwendung der §§ 106 ff. nur auf die Pflichten des beschränkt geschäftsfähigen Teils oder deckt sie auch dessen Rechte, also das gesamte Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen?

Man muß von dem Ordnungsgedanken ausgehen, daß ebenso wie bei der unmittelbaren Anwendung der §§ 106 ff. mit der Verpflichtung die Berechtigung entfällt auch bei der entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften die gleichen Folgen für alle Beteiligten eintreten müssen. Werde also der nicht voll Geschäftsfähige aus c.i.c. nicht verpflichtet, so dürfe er auch nicht berechtig sein. "Wer den guten Tropfen genießt, muß auch den bösen genießen."

So gerecht und billig dies auch klingen mag, so darf man sich aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß dieser Gesichtspunkt zu einer Schlechterstellung des nicht Geschäftsfähigen gegenüber dem Geschäftsfähigen führen würde, die mit dem Gerechtigkeitspostulat der Gleichbehandlung nicht vereinbar wäre. Darf der Kontrahent seinen voll geschäftsfähigen Partner nicht zu Vertragsverhandlungen oder zum Vertrag veranlassen, wenn er die Unwirksamkeit des Vertrages kennt, so kann er es um so weniger dürfen, wenn er einem nicht voll geschäftsfähigen Partner gegenüber steht, einer Person also, deren geschäftliche Erfahrung seiner eigenen unterlegen ist. Wird die Täuschung des voll Geschäftsfähigen dabei stets geschützt,

---

64) So Flume, a.a.O. und Siebert-Hefermehl, a.a.O.

so muß sie erst recht bei dem nicht voll Geschäftsfähigen geschützt werden[65]. Dieses Wertungsmoment muß hier daher entscheidend sein.

Dies läßt sich auch mit dem Geist der §§ 104 ff. gut vereinbaren. Diese Vorschriften erklären sich wohl nur aus den Besonderheiten des Vertragsrechts. Dort hat die Verpflichtung des einen Teils, auch wo es sich nicht um gegenseitige Verträge handelt, ihren Grund wenigstens mittelbar regelmäßig in der Verpflichtung des anderen Teiles; beispielsweise rechtfertigt sich die Verpflichtung des Auftragsgegners zum Aufwendungsersatz letztlich nur aus der Verpflichtung des Beauftragten, jenem die Vorteile des Geschäfts zufließen zu lassen. Gerade diese Interdependenz der beiderseitigen (Leistungs-) Pflichten aber fehlt bei den Offenbarungspflichten der c.i.c., die nach der Natur der Sache keinesfalls ein gegenseitiges Schuldverhältnis ist und nicht einmal immer ein zweiseitiges zu sein braucht[66]. Das Vertrauensverhältnis bestimmt sich auf beiden Seiten individuell entsprechend den konkreten Vertragsgegebenheiten, so daß Unterschiede in Intensivität und Ausgestaltung möglich sind. Vertrauen wird als Nebenwirkung der rechtsgeschäftlichen Beziehung nicht um des Vertrauens der anderen Seite willen gewährt oder in Anspruch genommen, sondern die Vertrauensbereiche bestehen unabhängig voneinander[67]. Die wechselseitige Sinnbezogenheit und Verbindung mit der sich ergebenden Rechte und Pflichten beim Vertrag besteht hinsichtlich der verpflichtenden Vertrauensbindung im Schuldverhältnis der c.i.c. nicht; das Vertrauen des nicht voll Geschäftsfähigen wird hier in Anspruch genommen, ohne daß es dabei auf die Frage seiner Verpflichtung irgendwie ankäme. Während also dort mit den Leistungspflichten des nicht voll Geschäftsfähigen die Gegenleistungspflichten des Vertragsgegners schon konstruktiv entfallen müssen, besteht hier die Möglichkeit für den nicht voll Geschäftsfähigen Schadensersatzansprüche aus

---

65) Dies wird noch klarer bei der "Schutzpflicht". Mit Recht fragt sich Canaris: "Soll man etwa wirklich einem Geschäftsunfähigen, der ein Warenhaus in Kaufabsicht betritt und dort durch das Verschulden eines Angestellten zu Schaden kommt, Ansprüche aus § 278 versagen und ihn auf die unsichere Möglichkeit des § 831 verweisen?" (NJW 64, 1987, 1988 f.).

66) So zutreffend Canaris, a.a.O., wenn auch nur bezüglich der Schutzpflicht.

67) Lackum, a.a.O., S. 172.

der Beeinträchtigung seines Vertrauensinteresses geltend zu machen. In bezug auf den Schutzgedanken der §§ 104 ff. heißt es: Der Schutzgedanke bewirkt nur den Ausschluß der Leistungspflichten. Der Ausschluß der Leistungsansprüche ergibt sich nur aus der inneren Verknüpfung von Pflichten und Rechten. Entsprechendes muß auch für das Schuldverhältnis der c.i.c. gelten. Durch den Schutzgedanken werden nur die Schadensersatzpflichten ausgeschlossen. Dagegen dürfen die Rechte, da sie in keinem inneren Zusammenhang mit den Pflichten stehen, vom Entfallen der letzteren unbeeinflußt bleiben. Damit ist das gewünschte Ergebnis schon konstruktiv begründbar. Dies folgt aber darüber hinaus auch aus dem Schutzgedanken selbst. Will das Gesetz die nicht voll geschäftsfähigen Personen vor Schäden "gegen sich selbst" bewahren, so muß sie es erst recht vor Schäden schützen wollen, deren Grund im Verhalten des Gegenkontrahenten liegt. Der Schutz dieser Personen fordert es auch, daß der Vertragspartner vor allem ihnen gegenüber zur Sorgfalt und Rücksichtnahme aus dem Verhandlungsverhältnis verpflichtet wird. Deren Ansprüche aus der c.i.c. des anderen müssen also ihnen stets erhalten werden.

Hingewiesen sei noch auf die Parallele zu der Geschäftsführung ohne Auftrag[68]. Auch dabei hindert die analoge Anwendung der §§ 104 ff. nur, daß den Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten die aus diesem Schuldverhältnis fließende Pflichtigkeit angelastet wird. Ein Aufwendungsanspruch aus den §§ 683, 670 wird ihnen dagegen - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - stets zugesprochen. § 682 steht nicht entgegen, denn er regelt nur die Verantwortlichkeit, also die eigentliche Haftung des Geschäftsführers[69].

---

68) Ebenso Canaris, a.a.O. (anders er noch in Vers.R. 65, 114, 116, Anm. 16) und Lackum, a.a.O., S. 173/4.

69) So die - entgegen der wohl noch h.M. (LG Aachen NJW 63, 1252 m. Nachw.) - in jüngerer Zeit sich verstärkt durchsetzende Ansicht; Esser § 98 III 1 (S. 316 f.); Staud.-Coing § 107.9; RGRK § 107.8; Erman-Hausse § 682.2; Schulien, NJW 63, 1878; Knoche MDR 64, 193; Larenz § 57 I (S. 274/5); Canaris, a.a.O.; Diederichsen MDR 64, 889; Lackum, a.a.O., S. 174; so schon v. Tuhr II, S. 112, Anm. 59.

3. Verhältnis zu §§ 306, 307

I. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nach § 306 nichtig. Unter "Unmöglichkeit" ist hier in Übereinstimmung mit dem sonstigen Sprachgebrauch des Gesetzes (vgl. § 275 I und II) nur die objektive Unmöglichkeit des Leistungserfolges[1] für jedermann[2] zu verstehen; ist die Leistung nur dem Schuldner unmöglich, so liegt ein persönliches Unvermögen vor, welches eigenen Rechtsregeln unterliegt[3]. Diese Unmöglichkeit muß dann bereits bei Vertragsschluß bestehen, also eine anfängliche sein, sonst wäre der Vertrag nicht auf eine unmögliche Leistung "gerichtet"[4].

Soweit § 306 durchgreift, läßt der nichtige Vertrag nicht nur keinen Anspruch auf die unmögliche Leistung, sondern wegen des genetischen Synallagmas auch keinen Anspruch auf die Gegenleistung entstehen. Ebensowenig können die Parteien aus dem Pseudovertrag einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ableiten. Der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag erzeugt keinerlei vertragliche Wirkung.

Gleichwohl braucht der wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtige Vertrag nicht ohne jede rechtliche Wirkung zu sein. Denn nach § 307 ist derjenige, der die Unmöglichkeit bei Vertragsabschluß kennt oder kennen muß, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut. Es handelt sich um Ersatz des sog. negativen Vertrauensinteresses.

Rechtsgrundlage dieses Ersatzanspruches ist jedoch nicht der Vertrag selbst, sondern das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen[5]. § 307 gehört sogar zu den wenigen Bestimmungen, in denen der Rechtsgedanke der Haftung für eine c.i.c. Eingang in das Gesetz gefunden hat, und ist zusammen mit den Bestimmungen der

---

1) Blomeyer § 19 II 1 a.
2) Ennec.-Lehmann § 29 I 3 (S. 130); Zweigert SJZ 49, 415, 416.
3) Vgl. zu §§ 433, 440, S. 68 ff.
4) Für die nachträgliche Unmöglichkeit finden §§ 275 I, 280 I, 281, 323 ff. Anwendung.
5) RGZ 110, 52; BGH LM Nr. 1 zu § 307; Blomeyer § 19 II 1 d; Ennec.-Lehmann § 29 II 1; Larenz, SchuldR. § 9 III; Staud.-Kaduk § 307.5, 13; Soergel-R. Schmidt § 307.1; Erman-Battes § 307.1; Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 307.1; Oertmann § 307.8 d; Plank-Siber § 307.2a; Schlegelberger-Vogels § 307.1; Rabel, Rheinische Z. 3, 467, 480.

§§ 179, 309 Ausgangspunkt für die Entwicklung der Lehre von der c.i.c. geworden. Die Regelung des § 306 wird somit durch einen "gesetzlichen" Anspruch aus c.i.c. ergänzt; dieser soll hier gerade die fehlende vertragliche Rechtsfolge ersetzen. Ein näherer, "innerer" Zusammenhang zwischen beiden Bestimmungen läßt sich nicht feststellen. Zu Unrecht meint Titze, daß der Anspruch des § 307 noch kein "außerkontaktlicher" sei; er stelle vielmehr das Residuum dar, das der unwirksame Vertrag übriggelassen habe; dasjenige, was die Parteien mußmaßlich vereinbart hätten, wenn sie den betreffenden Punkt bedacht und in verständiger und billiger Weise geregelt haben würden[6]. Gegenstand einer solchen hypothetischen Vereinbarung kann - nach der Wertung des Gesetzes - aber nie das negative Interesse sein. Hätten beide Parteien die Möglichkeit der Leistungsunmöglichkeit bedacht, so hätten sie die Leistungsunmöglichkeit auch "kennen müssen"; insofern würde beide Parteien der Vorwurf der Fahrlässigkeit treffen. Dieser Tatbestand ist aber schon im Gesetz (§ 307 2) ausdrücklich geregelt, wobei der Anspruch auf das negative Interesse ausgeschlossen wird. Die Meinung Titzes trifft daher nicht zu. Die Vorschriften der §§ 306, 307 berühren sich insofern, als beide auf dem gleichen Tatbestand des nichtigen Vertragsschlusses beruhen. Beide Vorschriften setzen einen geschlossenen Vertrag voraus; der Vertrag muß ja geschlossen sein, damit er nichtig sein (§ 306) oder der Vertragspartner Schäden durch die Nichtigkeit erleiden (§ 307) kann[7]. Hat deshalb der eine Vertragspartner in Kenntnis oder fahrlässiger Unekenntnis der Unmöglichkeit vom Vertrag Abstand genommen, so wird er nach § 307 nicht schadensersatzpflichtig[8]. Der nichtige Vertragsschluß stellt den "äußeren" Rahmen dar, innerhalb dessen sich die c.i.c. i. S. des § 307 abspielt. § 307 behandelt einen Fall der c.i.c., in dem diese zum Abschluß eines nichtigen Vertrages führt.

Die c.i.c. liegt hier eben darin, daß man in dem anderen Vertragsteil das falsche Vertrauen auf die Gültigkeit des erstrebten Vertrages erweckt und ihn dadurch zum Abschluß eines nichtigen Vertrages bewegt. Auf diese Weise entsteht für den gutgläubigen Teil eine Gefahrenlage. Dieser wird möglicherweise - im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages - zu falschen geschäftlichen Dispositionen, zu unnützen Ausgaben, zum Ausschlagen eines anderen Vertragsangebots oder

---

6) Titze, HWBdRW VI, S. 230, 235.
7) Vgl. Erman AcP 139, 273, 303; Stuad.-Kaduk § 307.1a.
8) Schlegelberger-Vogels § 307.3; Erman-Battes § 307.1; Staud.-Kaduk § 307.1.

zum Weiterverkauf des Vertragsgegenstandes verleitet. Aus dieser Gefahrensituation ergibt sich eine Erfolgsabwendungspflicht. Sie trifft den schuldigen Vertragsteil und besteht in einer Aufklärung des unschuldigen Partners über die Unmöglichkeit der Leistung. "Schuldig" ist nach § 307 derjenige, der beim Vertragsschluß die Unmöglichkeit "kennt" oder "kennen muß"[9]. Kennt also etwa der Schuldner die Unmöglichkeit positiv oder kennt er Umstände, die die Leistungsmöglichkeit fraglich erscheinen lassen, so muß er den Gläubiger davon unterrichten, um ihn vor einen nichtigen Vertrag abzuhalten[10], ihn also vor dem dadurch entstehenden Schaden zu bewahren. Unterläßt er dies schuldhaft, so hat er den Gläubiger so zu stellen, als ob es ohne das schädigende Ereignis, d. h. die unterlassene Aufklärung nicht zu dem nichtigen Vertragsschluß gekommen wäre[11]. § 307 legt daher dem "wissenden" oder "schuldhaft nicht wissenden" Teil eine Offenbarungspflicht auf und ordnet im Falle der Verletzung die Haftung auf das negative Vertrauensinteresse an.

Diese Pflichtverletzung muß allerdings - wie erwähnt - zum Abschluß des nichtigen Vertrages geführt haben. Hat der Schuldner wegen der schon früher im Lauf der Verhandlungen in Erfahrung gebrachten Unmöglichkeit das Vertragsangebot nicht abgegeben oder sogar die Verhandlungen abgebrochen, so tritt die Haftung nach § 307 nicht ein. Ein Verschulden des Schuldners ist aber auch hier möglich. Es kann vorkommen, daß der Schuldner nicht gleich nach der zu seiner Kenntnis gelangten Unmöglichkeit die Verhandlungen abbricht, sondern sich nachlässigerweise etwa damit begnügt, im späteren Zeitpunkt kein Vertragsangebot abzugeben. Auf diese Weise wird der Gläubiger für eine gewisse Zeit in seiner Position als Verhandlungspartner weiter gehalten und damit u.U. zu weiteren Ausgaben (z. B. Reisekosten) veranlaßt. Dieses Verhalten des Schuldners entzieht sich völlig dem Haftungshorizont des § 307 und kann nur nach dem allgemeinen Haftungsprinzip der c.i.c. bewertet werden. Danach kann auch das Fortbestehenlassen der Verhandlungsbeziehung, wenn zu vertreten, haftbar machen. Erfährt der

---

9) Dieses Verschulden ist unabhängig von der Parteistellung; z. B. Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 307.1; Schlegelberger-Vogels, a.a.O.; Oertmann § 307.3.
10) Plank-Siber § 307.2a.
11) Schlegelberger-Vogels § 307.7.

Verhandlungspartner, daß die Leistung unmöglich geworden ist, so ist er ohne weiteres verpflichtet, die Verhandlungen sofort abzubrechen. Es handelt sich um eine Verpflichtung zur Unterlassung "falschen Verhandelns"[12]. Den Gegner in die psychische Bindung einer Verhandlung bringen und ihn darin halten, darf man nur um den Preis einer sinnvollen Verhandlung[12a]. Es wäre absurd, den Partner Verhandlungen dort betreiben zu lassen, wo diese nicht zu dem erstrebten Rechtserfolg führen können. Nicht erst der fehlerhafte Abschluß, sondern bereits das bloße fehlerhafte Verhandeln, das Verhandeln auf einen fehlerhaften Abschluß hin, ist daher pflichtwidrig[12b]. Dieses pflichtwidrige Verhalten erzeugt - wie die Verletzung der Offenbarungspflicht nach § 307 - eine Haftung auf das negative Interesse: Der Geschädigte muß in die Lage versetzt werden, in der er sich ohne das Hinhalten mit Verhandlungen befinden würde. Die Pflicht zum Abbruch der Verhandlungen ist allerdings nicht etwa mit einer Offenbarungspflicht verbunden. Bricht man in Kenntnis der Unmöglichkeit die Verhandlungen ab, so braucht man nicht gleichzeitig auch den Grund des Abbruchs, d. h. die Unmöglichkeit der Leistung, anzugeben. Der Abbruch der Verhandlungen darf jederzeit und grundlos, ja - grundsätzlich - auch unter falscher Begründung erfolgen. Abzuschließen ist man nicht verpflichtet und der Gegner hat auch kein Recht, die Gründe, aus welchen man nicht abschließt, kennenzulernen oder gar zu fordern, daß man den Verhandlungsabbruch nur unter Begründung, und zwar richtiger Begründung, vollziehe[12c]. Eine Offenbarungspflicht hinsichtlich des Grunds des Abbruchs ist somit schon aus allgemeinen Gesichtspunkten abzulehnen. Die Pflicht in contrahendo beschränkt sich vielmehr auf den Abbruch selbst. Zur Offenbarung der Unmöglichkeit ist man sinnvollerweise erst im endgültigen Stadium des Vertragsschlusses verpflichtet: Das Vertragsangebot des Schuldners ist in besonderem Maße geeignet, Vertrauen zu erwecken, weil es die Erklärung ist, durch die er sich selbst rechtlich bindet. Der Gläubiger braucht nicht mehr mit einem Abbruch der Verhandlungen durch den Schuldner zu rechnen. Erfährt nun deshalb der Schuldner von der Unmöglichkeit nach Abgabe der Angebotserklärung, so ist er schlechthin zur Offenbarung verpflichtet, um eben den Gläubiger von seiner Annahmeerklä-

---

12) Erman AcP 139, 273, 280.
12a) Erman, a.a.O.
12b) Erman, a.a.O., S. 283.
12c) Erman, a.a.O., S. 290.

rung, d. h. von dem Vertragsschluß, abzuhalten. Die Pflicht in contrahendo, die in dem beweglichen und noch weniger verantwortlichen Stadium der Vorverhandlungen lediglich in einer Unterlassung falschen Verhaltens besteht, scheint sich in dem strengeren und mehr gefährlichen Bereich des Vertragsschlusses in ein positives Tun, eine echte Anzeigepflicht (§ 307) zu verwandeln[12d].

Zu Unrecht will man nun aus der schuldhaften Unkenntnis ("Kennenmüssen") des § 307 noch eine Erkundigungs- oder Untersuchungspflicht ableiten[13]. Schuldhaft kann eine Unkenntnis nur dann sein, wenn Umstände bekannt sind, welche die Leistungsmöglichkeit fraglich erscheinen lassen. Kennt einer der Verhandlungspartner derartige Umstände, so kann er den anderen schon dadurch vor Schaden bewahren, daß er ihm seine Zweifel und deren Gründe mitteilt. Hätte der Promittent z. B. seit längerer Zeit keine Nachricht über den Vertragsgegenstand, so genügt allein diese Kenntnis der abgelaufenen Zeit, um es objektiv zweifelhaft erscheinen zu lassen, ob der Vertragsgegenstand noch existiert. Deshalb war seine Unkenntnis schuldhaft. Es genügt aber die Mitteilung allein dieses Umstandes. Schließt der andere den Vertrag trotzdem, so trifft ihn nicht etwa nur ein mitwirkendes Verschulden, sondern er handelt jetzt auf eigene Gefahr, weil er die Unmöglichkeit selber kennen müßte. Damit entfiele ein Ersatzanspruch (§ 307 I 2)[14]. Der Vertragspartner braucht sich also nicht zu erkundigen, ob das Geschäft auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, nur hat er, wenn die Sachlage seinem Bewußtsein derartige Möglichkeiten aufdrängen muß, den anderen von diesen Bedenken rechtzeitig zu unterrichten. Eine Erkundigungspflicht als eigenständige Pflicht scheint also gar nicht möglich zu sein. Hat der Betroffene gewisse Zweifel über die Leistungsmöglichkeit, so genügt - wie soeben gesagt - allein die Mitteilung dieser Zweifel; eine besondere Erkundigung ist insofern überflüssig.

12d) In diesem Sinne auch Erman, a.a.O., S. 294. Diese Anzeigepflicht wird dann für die Folgezeit - im Falle einer erst nachträglich in Erfahrung gebrachten Unmöglichkeit - nach dem Prinzip von Treu und Glauben auch nach dem Vertragsschluß fortdauern; Blomeyer, Studien I, S. 76 f. m. weit. Ang.; ferner Alberti AcP 118, 149, 153, 160; Staud.-Kaduk § 307.14; Plank-Siber § 307.2b. Der Verpflichtungsgrund liegt hier nicht etwa im Vertrag - denn dieser ist ja nichtig! -, sondern unmittelbar im Gesetz selbst.

13) Stoll LZ 23, 532, 537; Plank-Siber § 307.2 (anders aber bei Vorbem. zu §§ 275-292 I 4 b cc, S. 193); vgl. auch Raiser AcP 127, 21, 24 f.; Dömpke, Grundlage und Umfang der Haftung, S. 47; Oertmann LZ 14, 513, 516; Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 165 f., 161.

14) Baumert, Tatbestand und Haftungsmaßstab, S. 49; Vgl. auch Herholz AcP 130, 257, 292 ff.

Hat er sich erkundigt, so muß er die möglicherweise festgestellte Unmöglichkeit unbedingt mitteilen; unterläßt er dies, so kann er nicht von der Haftung nach § 307 befreit werden, weil er sich vorher erkundigte. Die Erkundigungspflicht läßt sich somit nur als Pflicht gegen sich selbst auffassen, um etwa den Offerenten zur Unterlassung der Offerte zu veranlassen. Sie berührt aber das Interesse des Partners nicht. § 307 behandelt also nur die Rechtsfolge der Verletzung einer Offenbarungspflicht.

II. Die Nichtigkeitsregelung des § 306 und die - infolgedessen - Beschränkung der Haftung auf das negative Interesse nach § 307 ist im Schrifttum wiederholt auf Ablehnung gestoßen.

Diese Regelung beruht auf dem von der gemeinrechtlichen Lehre[15] in Verallgemeinerung römischer Regeln über die stipulatio entwickelten Satz impossibilium nulla obligatio; zu Unmöglichem kann niemand verpflichtet sein, quoniam obligatio est necessitas moralis agendi[16].

Trotz seiner lapidären Kürze wird dieser Satz als nicht schlüssig, und seine Aufnahme in das Gesetz als systemwidrig bezeichnet[17]. "Sie ist nicht schlüssig, denn wenn auch Unmögliches nicht erbracht werden kann, läßt sich der gleiche wirtschaftliche Erfolg doch häufig auf dem Wege des Geldersatzes erreichen. Sie ist systemwidrig, weil sie die Gründe unbeachtet läßt, aus denen die Parteien Unmögliches vereinbaren"[18]. Weder die Logik noch vor allem die rechtspolitische Wertung zwingen zu der krassen Forderung, einen Vertrag, der auf eine von Anbeginn objektiv unmögliche Leistung geht, schlechthin nichtig sein zu lassen und damit die Frage einer vertraglichen Interessenhaftung von vornherein abzuschneiden. Diesen Grundsatz hat selbst das Gesetz in § 437 bei Verkauf eines Rechts und in § 463 bei Zusicherung einer bei Vertragsschluß nicht vorhandenen Eigenschaft durchbrochen: es läßt den Verkäufer eines Rechts im Falle seines Nichtbestehens oder den Verkäufer einer Sache bei Nichtvorhandensein der

---

15) Insbesondere von Mommsen (Beiträge zum Obligationsrecht I: Die Unmöglichkeit der Leistung, 1853) und Windscheid (-Kipp. Band II, 9. Aufl. §§ 264, 315).

16) Vgl. Blomeyer § 19 II 1.

17) Vgl. etwa Blomeyer, a.a.O. mit Hinw. auf Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 237 f.; H. Fischer, Beiträge zur Unmöglichkeitslehre; Rabel, Festschr. f. Becker, S. 171 ff.; ferner Soegel-R. Schmidt § 306.1; Staud.-Kaduk § 306.1 f.; Erman-Battes § 306.1; Oertmann § 306.1; Titze, HWBdRW VI, S. 230, 234, 236 f.

18) Blomeyer, a.a.O.

Eigenschaft dem Käufer gegenüber vollends einstehen. Daraus ergeben sich auffallende Verschiedenheiten. Wer etwa ein Auto verkauft, haftet für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften auf das volle Erfüllungsinteresse. War das Auto zur Zeit des Verkaufs bereits vollständig vernichtet, so wird der Verkäufer, auch wenn er dies wußte, nach § 307 milder behandelt[19]. Der Verkäufer haftet ferner nicht, wenn die Sache zwei Stunden vor dem Vertragsschluß ohne sein Wissen zufällig verbrannt ist (§ 306), nicht aber wenn die Sache im gleichen Zeitpunkt zufällig gestohlen (anfängliches Unvermögen) worden ist[20]. Alles dies ist innerlich nicht begründet. Deshalb weist man mit Recht auf eine einschränkende Auslegung des § 306 hin[21].

III. Man sucht das gewünschte Ziel vor allem durch die Annahme eines Garantieversprechens zu erreichen[22]. Diese Annahme ist wegen des dispositiven Charakters des § 306 zulässig.

Eine ausdrückliche Garantie darf freilich selten sein. Sie wird wohl nur nach Verlangen des Geschäftspartners abgegeben, wenn bei ihm gewisse Zweifel über die Möglichkeit der Leistung aufgetreten sind. Der Garantierende verpflichtet sich dann nicht, etwa das Unmögliche möglich zu machen, sondern für die Möglichkeit einzustehen und deshalb im Falle der Unmöglichkeit Ersatz zu leisten.

Häufiger sind dagegen die Fälle einer stillschweigenden Garantie. Eine Garantieübernahme dieser Art wird insbesondere in der "bewußten Eingehung eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages"[23] gefunden. So z. B. wenn der Schuldner wissentlich eine unmögliche Leistung verspricht, etwa eines seiner Schiffe, dessen Untergang ihm schon gemeldet war, doch noch verkauft[24]. Danach liegt eine stillschweigende Garantie dann vor, wenn die Leistungsmöglichkeit dem Versprechenden noch vor seinem Versprechen bekannt wurde. Hier scheint allerdings das Bedenken nahe zu liegen, daß das Gesetz (§ 307) ausdrücklich auch dem, der

---

19) Heck § 46.8; Ennec.-Nipp. § 29 II 1 d (S. 133); vgl. auch Rabel, Rheinische Z. 3, 467, 478.
20) Simonetos, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 10.
21) So z. B. Zweigert, a.a.O., S. 415/6; Krückmann (AcP 101, 120) behauptet sogar, § 306 sei "praktisch und theoretisch nichts besseres wert, als möglichst unschädlich gemacht zu werden".
22) h.M.; RGZ 137, 83, 84 f.; RG SeuffA 75 Nr. 9; RG Recht 20 Nr. 370; OLG SeuffA 65, Nr. 160; Blomeyer § 19 II 1 c; Staud.-Kaduk § 306.38; Erman-Battes § 306.10; Soergel-R. Schmidt § 306.7; Schlegelberger-Vogels § 306.11; Plank-Siber § 306.2a; vgl. schon Windscheid-Kipp § 315 1 2a.
23) Staud.-Kaduk, a.a.O.; Erman-Battes, a.a.O.; Schlegelberger-Vogels, a.a.O.
24) Vgl. OLG Hamburg SeuffA 65 Nr. 160; SeuffA 75 Nr. 9; RG 137, 83, 84 f.

die Unmöglichkeit (bei Vertragsschluß) kennt, nur die Haftung auf das Aufklärungsinteresse auferlegt. Steht deshalb diese Garantie nicht in unmittelbarem Widerspruch zu § 307? Nein! Denn der Garantierende übernimmt die Haftung selbst, sie beruht auf seinem Willen und ist also eine rechtsgeschäftliche. Die Haftung aus § 307 besteht dagegen unabhängig von seinem Willen und gründet sich auf die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht. Die eine Haftung schließt daher die andere nicht aus. Verletzt der Schuldner beide Pflichten[25] gleichzeitig, so stehen dem Gläubiger beide Ansprüche - wahlweise! - zu.

IV. Aber allein damit sind keineswegs alle Unbilligkeiten beseitigt. Was geschieht, wenn die versprochene Leistung erst nach der Abgabe des Versprechens, aber vor dessen Annahme[26] aus Verschulden des Versprechenden objektiv unmöglich wird? Dieses Verschulden kann nicht ohne rechtliche Folgen bleiben, falls die Annahme zustande kommt. "Wer einen Verkaufsantrag stellt, darf schwertlich verantwortungsfrei bleiben, wenn er die Kaufsache mutwillig vernichtet, so daß die nachfolgende Annahme ins Leere stößt"[27]. Andernfalls könnte der Versprechende den Leistungsgegenstand und damit den Vertrag selbst beliebig zerstören und dann nur etwa der Haftung aus § 826 unterliegen, einer Haftung, die allerdings nur auf das negative Interesse beschränkt wäre und nach der Maßgabe des § 831 sogar öfters entfiele, wenn das Verschulden von einer Hilfsperson des Versprechenden begangen wurde. Dieses Ergebnis ist völlig unangemessen, denn es führt zur Abschwächung der Verantwortlichkeit des Versprechenden. Angesichts der Gebundenheit an die Offerte wäre eine solche Gestaltung kaum begreiflich. Der Versprechende muß bei Zustandekommen des Vertrages unbedingt auf das Erfüllungsinteresse haften. Diese Haftung kann eben nicht von der - oben gesprochenen - Garantiehaftung erfaßt werden. Eine stillschweigende Garantie würde hier ganz fehlen, denn sie wird gerade dort angenommen, wo die Sache zur Zeit des Versprechens bereits

---

25) Das kann bei ausdrücklichem Garantieversprechen nicht vorkommen. Die fragliche Offenbarung wird dann in der ausdrücklich vereinbarten Garantie beinhaltet sein; Gegensatz der vertraglich vereinbarten Garantie ist ja die Unmöglichkeit der Leistung selbst. Die Haftung aus § 307 scheidet hier daher ganz aus, so daß die im Text dargelegte Problematik hier gar nicht auftaucht.

26) Tritt die Unmöglichkeit nach erfolgter Annahme, also nach Vertragsschluß ein, so handelt es sich um nachträgliche Unmöglichkeit; § 306 greift dann eindeutig nicht ein.

27) Henle, Lehrbuch I, S. 95.

untergegangen ist[28]. Zur Abgabe einer ausdrücklichen Garantie könnte der Gläubiger den Schuldner zwar auch nach seinem Versprechen zwingen, das wäre jedoch praktisch nur dann der Fall, wenn der Gläubiger an der Existenz des Leistungsgegenstandes zweifelte, was aber - angesichts auch dessen, daß der Leistungsgegenstand immer noch zum Herrschaftsbereich des Schuldners gehört - nur selten vorkommen würde.

Die Haftung auf das Erfüllungsinteresse scheint jedoch unmittelbar dem § 306 zu widersprechen. Nimmt man mit der herrschenden Lehre[29] als Abgrenzungszeitpunkt zwischen anfänglichen und nachträglichen Unmöglichkeiten den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an, so muß man die vorliegende Unmöglichkeit, da sie noch vor der Vertragsannahme eintritt, gerade als anfängliche Unmöglichkeit betrachten und den Vertrag dann folgerichtig gemäß § 306 für nichtig erklären. Das Erfüllungsinteresse ist somit ausgeschlossen. Die schuldhafte Herbeiführung der Unmöglichkeit in dem genannten Zeitpunkt wird - von deliktsrechtlichen Gesichtspunkten abgesehen - nicht sanktioniert. Den Versprechenden trifft lediglich eine Haftung wegen schuldhafter Verletzung der Offenbarungspflicht nach § 307 auf das negative Interesse.

Die Konsequenz dieses Ausgangspunkts, der wiederum der herrschenden Lehre[29a] entspricht, läßt sich kaum leugnen. Die Einordnung der betreffenden Unmöglichkeit in den Begriff der anfänglichen Unmöglichkeit führt notwendig zur Anwendung des § 306 und damit zum Ausschluß des Erfüllungsinteresses. Die erforderliche Haftung ist deshalb überhaupt nur begründbar, wenn man den vorliegenden Fall von dem Tatbestand des § 306 ausnimmt und ihn anderen Rechtsbegriffen zuordnet. Dies kann methodisch im Sinne einer restriktiven Interpretation des § 306 geschehen. Ob und in welcher Weise das möglich ist, soll im folgenden untersucht werden.

1. Man darf zunächst nicht unbeachtet lassen, daß der Offerent hier keine unmögliche Leistung verspricht; zur Zeit des Versprechens ist die Leistung noch möglich und wird erst nachträglich (bis zur Annahme) unmöglich. Geht man also davon aus und nimmt mit Blomeyer[30] oder Zweigert[31] an, daß alle Fälle der

---

28) Vgl. oben S. 176 m. Anm. 24.
29) z. B. Blomeyer § 19 II 1 b u. § 26 I 1; Ennec.-Lehmann § 45 I; Staud.-Kaduk § 306.22 ff. und die dort Genannten.
29a) v. Tuhr II 1, S. 487 f.; Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 306.4; Soergel-Lange § 145.15.
30) § 19 II 1.
31) SJZ 49, 415/416.

anfänglichen objektiven Unmöglichkeit letztlich entweder Fälle der Nichternstlichkeit oder Fälle des Irrtums (in dessen Bereich die außerhalb der Nichternstlichkeit begegneten Fälle der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit gehören können[32]) sind, so zeigt sich, daß dabei mehr an eine Unmöglichkeit zur Zeit des Versprechens als an deren nachträglichen Eintritt gedacht war[33]: In den Fällen der Nichternstlichkeit (wozu insbesondere auch die römischen Quellenbeispiele des Verkaufs eines Hippocentaurus oder des forum Romanum gehören) ist die Leistung bereits zur Zeit des Versprechens unmöglich. In den Fällen des Irrtums stellte man - bei der Auslegung des Satzes inposibilium nulla obligatio - auf den Zeitpunkt des Versprechens als entscheidenden Zeitpunkt der Unmöglichkeit ab, indem man die Ablehnung einer Haftung des Schuldners auf Schadensersatz - an Stelle der Pflicht zur unmöglichen Leistung - mit der Mitwirkung eines Irrtums zur Zeit des Versprechens begründete[34]. Insoweit dürfte man annehmen, daß die anfängliche Unmöglichkeit des § 306 gerade nur auf die Zeit des Versprechens beschränkt sei, so daß dann die hier vorliegende Unmöglichkeit als nachträgliche anzusehen wäre und den Versprechenden daher nach § 280 zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtete.

Eine solche, insbesondere von dem Geist des Satzes imposibilim nulla obligation ausgehende Interpretation des § 306 widerspricht jedoch dem Wortlaut des § 275, welchen den maßgebenden Zeitpunkt der Abgrenzung von der nachträglichen Unmöglichkeit in den Zeitpunkt der "Entstehung" des Schuldverhältnisses, also in den vollendeten Vertragsabschluß, legt; die zeitliche Abgrenzung beider Unmöglichkeitsformen scheint hier endgültig geregelt zu sein[35].

2. Die Tatsache, daß die versprochene Sache nach dem Versprechen aus Verschulden des Versprechenden untergeht, beansprucht trotzdem immer noch Beachtung.

Die Vorschriften der §§ 306, 307 befassen sich mit dem gleichen Tatbestand. Die eine ordnet die Nichtigkeit an, die andere legt die Haftung auf. "Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag" soll zwar nichtig sein, dennoch

---

32) Zweigert, a.a.O.
33) Vgl. Blomeyer, Studien I, S. 75.
34) Blomeyer, a.a.O.
35) So auch die h.L.; vgl. oben Anm. 29. Die Ansicht, die auf den Zeitpunkt der Fälligkeit abstellt (so vor allem Krückmann, AcP 101, 99), geht auf eine ganz andere Richtung hin und kann hier nicht helfen.

ist derjenige, der die Unmöglichkeit bei Vertragsschluß "kennt oder kennen muß" zum Ersatz des Vertrauensschadens des anderen verpflichtet.

Nun steht aber unser Tatbestand mit dem des § 307 in keinerlei Beziehung. § 307 verbindet das Verschulden mit der Kenntnis oder schuldhaften Unkenntnis und dadurch mit der Offenbarungspflicht. In unserem Fall hat aber das Verschulden mit diesen Vorgängen nichts zu tun. Hier steht es in Ursächlichkeit mit dem Eintritt der Unmöglichkeit selbst. Der Wegfall des Verschuldens hätte die Möglichkeit der Leistung und somit die Gültigkeit des Vertrages zur Folge: der Vertragsgegner hätte dann Erfüllungsansprüche. Im § 307 dagegen entsteht der Schaden im Rahmen eines allenfalls nichtigen Vertrages, die Kenntnis oder schuldhafte Unkenntnis der Unmöglichkeit läßt die Unmöglichkeit selbst und damit die Nichtigkeit des Vertrages unberührt. Wäre in unserem Fall der Vertrag gültig, dann würde gar keine Kenntnis oder schuldhafte Kenntnis, also keine Offenbarungspflicht über die Unmöglichkeit der Leistung entstehen, dann würde selbst der Tatbestand des § 307 gar nicht vorkommen. Offensichtlich handelt es sich um ganz verschiedene Tatbestände. Der Tatbestand des § 307 betrifft das bloße Kennen oder Kennenmüssen der Unmöglichkeit; der andere deren schuldhafte Herbeiführung; die Pflichtverletzung im letzteren Teil muß notwendig vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit liegen.

Daraus ergibt sich zwingend, daß § 307 selbst die Haftung aus dem anderen Tatbestand nicht ausschließt. Das besagt allerdings nicht viel. Denn die Hauptfrage ist ja nur, ob diese Haftung von der zentralen Vorschrift des § 306 zugelassen wird. Und das folgt aus dem Verhältnis unseres Tatbestandes zu dem Tatbestand des § 307 keineswegs unbedingt.

Gleichwohl drängt sich in dieser Richtung folgender Wertungsgedanke auf: Will das Gesetz denjenigen haften lassen, der die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß, so müßte es erst recht denjenigen haftbar machen, der die Unmöglichkeit schuldhaft verursacht. Der letztere Tatbestand kann kein milderes Werturteil rechtfertigen als der erstere. Die schuldhafte Herbeiführung der Unmöglichkeit ist doch ein schwerer Pflichtverstoß, schwerer als die bloße Verletzung der Offenbarungspflicht. Hält man aber andererseits an der eindeutig unbeschränkten Nichtigkeit des § 306, so muß man feststellen, daß sich beide Vorschriften in einer inneren Disharmonie befinden: Der Schuldner soll nach § 307 dann haften, wenn

er die Unmöglichkeit schuldhaft nicht anzeigt, nach § 306 aber dann nicht, wenn er die Unmöglichkeit schuldhaft verursacht. Diese Folgerung ist untragbar und muß beseitigt werden.

Das kann jedoch keineswegs durch § 306 allein erfolgen. Der Gedanke, daß der Wortlaut des § 306 gemessen an der in § 307 verkörperten Wertung "zu weit" ist, reicht noch nicht aus, um eine Beschränkung der Nichtigkeit bzw. der Nichtigkeitsfolge auf den Fall der vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit zu rechtfertigen. Denn die Vorschrift des § 307 vermag die vom Schuldner verletzten Pflichten im Falle der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit sicherlich nicht zu begründen; sie weist ja nur auf deren Notwendigkeit hin. Diese Pflicht muß - wie ausgeführt - vor dem Eintritt der Unmöglichkeit bzw. der Entstehung der Offenbarungspflicht existieren, sie kann also ihren Grund nicht in der (gerade nachfolgenden) Offenbarungspflicht, also in dem Tatbestand des § 307 haben[36].

3. Die gesuchte Begründung kann auch nicht in dem Gedanken der "c.i.c." gefunden werden. Zwar wäre es denkbar, dem Versprechenden die "gesetzliche" Pflicht aufzulegen, etwa für die sorgfältige Aufbewahrung des angebotenen Leistungsgegenstandes zu sorgen, so daß keine Unmöglichkeit der Leistung eintritt, und ihn dann im Falle der Verletzung nach dem Prinzip des Kausalzusammenhangs zum Ersatz des Erfüllungsinteresses zu verpflichten; die gewünschte Wirkung wäre dann schon erreicht. Eine solche Konstruktion bedürfe sogar keiner näheren Begründung: die Pflicht folge aus dem "gesetzlichen" Schuldverhältnis und solle den § 306 "ergänzen", also "einschränken". Jedoch muß eine Einschränkung des § 306 - im Sinne der Ausklammerung des Sondertatbestandes der verschuldeten Unmöglichkeit - aus dem Gesichtspunkt der c.i.c. scharf abgelehnt werden. Denn die c.i.c. würde dann ohnehin zu einer Gleichstellung der anfänglichen (objektiven) mit der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit führen und wäre somit mit dem vom BGB durchgeführten System der Leistungsstörungen insoweit nicht vereinbar. Die vom Gesetz

---

36) Aus der in § 307 vollzogenen Wertung könnte nur geschlossen werden, daß die unbeschränkte Nichtigkeit des § 306 insofern einen rechtspolitischen "Fehler" enthalte, welcher aber als solcher, ohne gesetzliche Stützpunkte, keinesfalls unbedingt zu einer Korrektur berechtigt. (Zum Verhältnis rechtspolitischer "Fehler" und Gesetzeslücke vgl. etwa Canaris, Die Lücken im Gesetz, S. 73).

absichtlich eingeführte Unterscheidung der anfänglichen von der nachträglichen Unmöglichkeit darf nicht durch die c.i.c. aufgehoben werden. Es gilt ja als gesicherter Grundsatz, daß die c.i.c. nur dann zur Ergänzung des Vertragsrechts kommen darf, wenn dies die vertragliche Regelung eben erlaubt. Eine Korrektur des § 306 durch die "gesetzliche" c.i.c. könnte daher nur contra legem erfolgen.

4. Die positivrechtliche Begründung unserer Pflicht müßte vielmehr aus dem Bereich des Vertragsrechts selbst hergebracht werden. Dazu bieten sich einige Denkmöglichkeiten:

a. Weil die vertragliche Haftung grundsätzlich auf dem Privatwillen aufbaut, wäre zunächst an das Versprechen als den Rechtsgrund der Haftung des Schuldners zu denken.
Jedoch ist das Versprechen als solches i. S. des BGB noch kein selbständiger Verpflichtungsgrund[37]. Das Versprechen wurde vom Gesetz als annahmebedürftig (§§ 145 ff.) erklärt und kann somit erst durch die Annahme des Gläubigers rechtsverbindlich werden; Verpflichtungsgrund soll erst der Vertrag sein. Nun wurde zwar in unserem Fall das Versprechen angenommen und der Vertrag also abgeschlossen, da aber die Unmöglichkeit der Leistung bzw. die Pflichtverletzung des Versprechenden schon gegeben war, kann die Pflicht des Versprechenden gedanklich nicht in einer Zeit nach dem Versprechen entstanden sein, aus der Versprechensannahme (dem Vertragsabschluß) also erklärt werden (ὕστερον πρότερον).

b. Soll aber das Versprechen keine vollwirksame verpflichtende Wirkung haben, so wurde ihm eine "bindende Kraft" (§ 145) zuerkannt. Ist ein Versprechen als Vertragsangebot abgegeben und dem Gegner rechtswirksam zugegangen (§ 130 I 2), so ist der Versprechende nunmehr an sein Angebot "gebunden", d. h. er kann ihn nicht mehr - wie im gemeinen Recht - widerrufen.
Aber auch aus dieser Bindungswirkung des Angebots läßt sich unsere Pflicht nicht entnehmen. Die Bindung als solche soll nur den Vertragsabschluß und

---

37) Über die römische stipulatio und die gemeinrechtliche Lehre vgl. etwa Blomeyer, Studien I, S. 66 ff. Die "Bindung durch Versprechen" bleibt freilich als allgemeines Problem in der Philosophie und Rechtslehre; vgl. z. B. Ad. Reinach, Zur Phänomenologie des Rechts, insbes. S. 54-86, wobei auch die Auseinandersetzung mit den Theorien David Humes, Th. Lipps und von Wilh. Schuppe.

nicht auch die Vertragserfüllung sichern. Schon aus den Motiven[38] ergibt sich, daß die Bindung dem Angebotsempfänger eine sichere Grundlage dafür schaffen soll, das vorliegende Angebot anzunehmen oder ablehnen zu können. Dem Angebotsempfänger wurde nur die Rechtsmacht eingeräumt, sich nunmehr allein über die Schließung des Vertrages zu entscheiden, keinesfalls aber auch ein Anspruch auf Erfüllung. Die Offertenbindung bedeutet noch keineswegs Bindung an den Vertrag, denn der Vertrag wird erst mit der Annahme zustande kommen. Gebunden an den Vertragsinhalt ist der Versprechende nur dann, wenn der Vertrag durch die Annahme zustande kommt. Aus der bindenden Offerte kann vor Annahme keine Vertragspflicht entstehen[39]. Die Bindung an den Vertrag ist stets durch die Annahme der Offerte bedingt.

c. Es ist nun das Verdienst Blomeyers[40], daß er die notwendige Verbindungslinie von der "Gebundenheit ans Wort" zur Gebundenheit an dessen Erfüllung gezogen und die Wesensgleichheit beider Bindungsarten nachgewiesen hat. Die Erkenntnis, daß sich die Offertenbindung mit der Bindung an den Vertrag durch eine Bedingtheit, nämlich die Offertenannahme[41] verbindet, so daß sie in die Bindung an den Vertrag erst durch den Eintritt der Bedingung übergeht, führt unabweislich zu der Problematik des bedingten Vertrages.

So ordnet § 158 I für den Fall einer aufschiebenden Bedingung an, daß die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem "Eintritt der Bedingung" eintritt. Die Forderung soll damit erst in diesem Zeitpunkt eintreten. Hätte aber das Gesetz mit dieser Regelung genügt, so könnte der Schuldner, der die Sache in der Schwebezeit schuldhaft vernichtet, und damit die Forderung des Gläubigers verhindert hat, gerade widerreden, er habe ja nicht gegen die Forderung verstoßen, denn diese sei erst mit der Verwirklichung der Bedingung ins Leben getreten[42]. Deshalb gibt das Gesetz eine Korrektur[43] durch § 160: Der aufschiebend

---

38) Dort (I, S. 165) heißt es: "Wird jemandem ein Vertragsantrag, so muß dieser darauf vertrauen können, daß mit der von seiner Seite rechtzeitig erklärten Annahme der Vertrag zustande kommt. Der Antragsempfänger bedarf eines sicheren Ausgangspunktes für die zu fällende Entscheidung; er muß unter Umständen sofort die für den Fall des Zustandekommens des Vertrages erforderlichen Maßnahmen treffen..."

39) Vgl. Blomeyer, Festschr. für Leo Raape, S. 269, 297; Henle, a.a.O., S. 96, Anm. 14.

40) Studien I, S. 65 ff., 39 ff.; vgl. auch dens. Festschr. für Leo Raape, S. 295 ff.

41) Über die Rechtsnatur dieser Bedingung vgl. zu §§ 130, 145, S. 203, Anm. 58.

42) Vgl. Blomeyer, Studien I, S. 39.

43) Blomeyer, a.a.O.

bedingt Berechtigte kann im Falle des Bedingungseintritts Schadensersatz vom anderen Teil verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt. Aus dem Ineinandergreifen beider Regelungen ergibt sich klar, daß der bedingt verpflichtende Schuldner nicht erst mit dem Bedingungseintritt, sondern bereits mit der Begründung der (bedingten) Schuld zum Schuldinhalt verpflichtet ist; verletzt er aber diese Verpflichtung, so entsteht seine Haftung nur bei Bedingungseintritt. Diese "Konstruktion" des Gesetzes braucht gar nicht zu befremden. § 158 bezieht sich nur auf die Zeit des Bedingungseintritts und regelt die Haftung gerade von diesem Zeitpunkt an: tritt die Bedingung ein, so ist das Geschäft kein bedingtes mehr und die Haftung des Schuldners ist eine normale. § 160 dagegen bezieht sich nur auf die Zeit der Schuldbegründung und bindet den Schuldner an den Vertrag schon von diesem Zeitpunkt an, da jedoch der Vertrag bedingt ist, ist auch die Bindung des Schuldners durch den Eintritt der Bedingung bestimmt; fällt die Bedingung aus, so entsteht für den Schuldner aus seiner Bindung überhaupt keine Rechtsfolge. In § 160 wird also nicht die bedingte Hauptschuld vor Bedingungseintritt sanktioniert, sie besteht ja nach § 158 noch nicht. § 160 begründet dagegen zu ihrer Unterstützung eine eigene wiederum bedingte Schuld, sich auf das Entstehen der Hauptschuld einzurichten; eben diese Schuld kann der Schuldner verletzten. Sie ist aber allenfalls der Hauptschuld im Inhalt gleichartig: sie bezieht sich gerade auf dieselbe Leistung, deren Entstehen sie vorzubereiten sucht und besteht wie die Hauptschuld nur für den Fall des Bedingungseintritts. Von der Hauptschuld unterscheidet sie sich in nichts anderem als in ihrer zeitlichen Festlegung[44]. Durch diese Lehre werden auch unangenehme Konstruktionen wie die einer "Vor-" oder "Rückwirkung" des Bedingungseintritts vermieden. Faßt man die Schuld des § 160 als eine "Vorwirkung" i. S. etwa von Tuhrs[45] auf, so bringt man sie notwendig nicht in engen Zusammenhang mit der Pflicht nach dem Bedingungseintritt[46]. Die Annahme einer "Rückwirkung" i. S. einer "Fiktion" würde die schon

---

44) So Blomeyer, Studien I, S. 40 ff., wobei auch die nähere Begründung dieses Standpunkts.
45) V. Tuhr II 2, S. 292, N. 8; vgl. auch Soergel-Knopp § 160.1.
46) Blomeyer, a.a.O., S. 40.

an sich dunkle Bedingungslehre noch mehr verschleiern[47]. Die gesetzliche Regelung dürfte diese Frage schon gegenstandlos machen[48]. Hätte die Bedingung (§ 158) rückwirkende Kraft, so wäre § 160 doch überflüssig[49]. Es ist vielmehr anzunehmen, daß die Leistungspflicht nach § 158 ex nunc eintritt, während nach § 160 eine andere auf das gleiche Ziel gerichtete Pflicht zur Vorbereitung der Leistung bereits mit der Übernahme der Leistungspflicht entsteht. Für eine Rückwirkung bleibt somit kein Raum. Die Problematik darf aber andererseits nicht mit der Unterstellung vereinfacht werden, die in § 160 vorgesehene Pflicht nichts anderes als eine "weitere Verhaltenspflicht" sei[50]. Wäre das der Fall, so wäre § 160 doch noch überflüssig, seine Bedeutung bestünde also nur in einer "Klarstellung"[51]. Diese Ansicht ist abzulehnen. Die "weiteren Verhaltenspflichten" - von Esser "bloße Nebenpflichten" genannt[52] - unterscheiden sich von den Leistungspflichten (Haupt- und Nebenleistungspflichten) vor allem in ihrem untergeordneten (Hilf-) Charakter und beziehen sich auf die Durchführung und Sicherung der Leistungspflichten oder auf die Abwicklung des Schuldverhältnisses. Der Schuldner hat alles zu tun, um den Obligationserfolg zu sichern, und alles zu unterlassen, was geeignet ist, diesen Erfolg zu vereiteln[53]. Die auf die Haupt-

---

47) "Die Frage, ob der erfüllten Bedingung rückwirkende Kraft zukommt oder nicht, ist eine der meist besprochenen Fragen des Pandektenrechts", heißt es bei Windscheid, Pandektenlehre I § 91 N. I. Die rechtstheoretischen und philosophischen Aspekte darüber vgl. bei Blomeyer, a.a.O., S. 42 ff.

48) Vgl. Flume § 40 2 a (S. 724); § 39 1.

49) Erman-Hefermehl § 160.2.

50) So aber Larenz, Allg. Teil § 31 III b (S. 484/5). Er sagt wörtlich: "Die heutige Zivilrechtsdogmatik unterscheidet von der eigentlichen Leistungspflicht des Schuldverhältnisses weitere Verhaltenspflichten, die als vertragliche oder gesetzliche Nebenpflichten sicherstellen sollen, daß die Leistung nicht vereitelt, und daß der andere Vertragsteil vor vermeidbaren Schädigungen geschützt wird. Zu ihnen gehört insbesondere auch die Pflicht, rechtzeitig die erforderlichen Vorbereitungen zu treffen, um vertragsgerecht leisten zu können, sich aller Handlungen zu enthalten, die die Leistung unmöglich machen, sie gefährden oder ihren Wert für den Gläubiger herabsetzen würden. Daher besorgt der § 160 Abs. I nicht anderes, als daß diese Vorbereitungs- und Unterlassungspflichten auch dann, wenn die Leistungspflicht aufschiebend bedingt ist, sofort mit dem Abschluß des Vertrages entstehen. Das entspricht auch dem Sinne des Rechtsgeschäftes. Denn damit, daß die eine Partei sich, wenn auch nur für den Fall des Eintritts der Bedingung, jetzt schon zu der Leistung verpflichtet, sagt sie zugleich, daß sie in der Zwischenzeit loyal zu dieser Verpflichtung stehen und daher nichts unternehmen werden, was ihre Erfüllung hinderlich wäre..."

51) So aber auch Flume § 40 2 c (S. 727).

52) Esser § 5 III b (S. 25 f.).

53) So Esser, a.a.O., S. 26.

leistungsansprüche zugeschnittenen Regeln über Nichterfüllung und andere Störung der Leistungspflicht können daher auf die Störungen in diesem Bereich keine Anwendung finden; sie sind gewissermaßen ein "zu schweres Geschütz" gegen so verhältnismäßig untergeordnete Vertragsstörungen[54]. Offensichtlich handelt es sich hier also nicht um eine "weitere Verhaltenspflicht". Die eigentliche Leistungspflicht, deren Durchführung durch eine weitere Sorgfaltspflicht gesichert werden soll, ist ja hier nach § 158 noch nicht entstanden. Kann also sie deshalb noch nicht verletzt werden, so kann auch keine Verletzung der ihr untergeordneten Sorgfaltspflicht vorkommen. Die Pflichtverletzung des § 160 wird vielmehr gerade als Forderungsverletzung angesehen[55]. Hier wird die gleiche Haftung vorgesehen wie bei der eigentlichen Leistungspflicht. § 160 kann ferner auch nicht aus dem Gesichtspunkt der c.i.c. als überflüssig bezeichnet werden; denn die c.i.c. vollzieht sich, bevor der Vertrag abgeschlossen ist. § 160 steht vielmehr als ein eigentümlicher Fall in dem Zeitraum zwischen der c.i.c. und der p.V.V., er liegt aber strukturell näher der bedingten Hauptleistungspflicht als der c.i.c. oder der o.V.V. Durch § 160 wird eine Pflicht begründet, die von der Pflicht nach § 158 bei Eintritt der Bedingung zeitlich fortgesetzt wird. Beide Pflichten sind inhaltsgleich. Sie haben die vertragliche Leistung zum Gegenstand und sind durch das gleiche Schicksal, den Eintritt der Bedingung, bestimmt. Der bedingt Verpflichtende ist nicht erst mit dem Eintritt der Bedingung, sondern bereits mit der Übernahme der Verpflichtung an die Leistung gebunden, jedoch immer nur für den Fall, daß die Bedingung eintritt. Die rechtsgeschäftliche Pflicht zur Leistung entsteht bereits mit dem Vertragsschluß, sie ist aber stets durch den Eintritt der Bedingung bedingt.

Dieser Exkurs darf nun die Analogie auf den Fall der Schuldvertragsofferte deutlicher machen. Wer eine Leistung in einem Vertragsantrag (§ 145) verspricht, ist an seinen Antrag ebenso gebunden wie derjenige, der eine Leistungsverpflichtung in einem bedingten Vertrag (§§ 158 ff.) übernimmt: Keiner darf einseitig von seinem Versprechen zurücktreten. Die Gebundenheit aus dem bedingten Vertrag und aus der bindenden Offerte ist insofern unbezweifelbar gleichartig. Die Gleich-

---

54) Esser, a.a.O., S. 26. Die schuldhafte Verletzung solcher ergänzenden Sorgfaltspflichten kann unter dem Gesichtspunkt der p.V.V. ersatzpflichtig machen oder ein Rücktrittsrecht gewähren; Esser, a.a.O.

55) So auch Staud.-Coing § 160.2 (unter c).

artigkeit besteht aber nicht nur bei der einstweiligen Gebundenheit an das Versprechen, sondern auch bei der endgültigen Gebundenheit an den Versprechensinhalt, die Leistungserfüllung. Wie im bedingten Vertrag hängt auch beim Schuldversprechen die endgültige Gebundenheit von der Erfüllung einer Bedingung - hier von der Annahme des Versprechens - ab. Wie dort so auch hier ist gerade diese Bedingung, die das weitere Schicksal des Versprechens bestimmt: Tritt sie ein, so wird das Versprechen endgültig verbindlich; fällt sie aus, dann hat es keine Wirkung. Und wie der bedingte Vertrag darf auch das bindende Schuldversprechen eine (rechtsgeschäftliche) bedingte Schuld erzeugen: Vertragsgebunden ist der Versprechende nur dann, wenn der Vertrag durch die Annahme zustande kommt, für diesen Fall aber auch schon vom Versprechen an[56]. Eine solche Bindung ist nichts anderes als die durch Annahme aufschiebens bedingte Verpflichtung zum Vertragsinhalt[56]. Jeder Antrag faßt den ganzen Vertragsinhalt als durch die Annahmeerklärung bedingten zusammen und soweit der Antragende in seiner Erklärung bindend Verpflichtungen übernimmt, entstehen diese, durch die Annahme des Vertrages bedingt[56]. Weil der Versprechende mit der Möglichkeit der Annahme rechnen muß, muß er auch auf die Entstehung dieser Möglichkeit einrichten; er ist daher schon von Anfang gerade an diese Möglichkeit gebunden. Das "Worthalten" beinhaltet potentiell auch die "Worterfüllung". Eine Ablehnung des Versprechens bringt allerdings jede Bindung ohnehin zum Erlöschen[57].

Hat also der Versprechende den angebotenen Leistungsgegenstand in der Zeit vor dem Versprechen, aber vor dessen Annahme schuldhaft völlig zerstört (§ 306) und damit das durch Annahme bedingte Forderungsrecht des Akzeptanten verletzt, so muß er ihm - nach der Analogie zu § 160 - vollen Schadensersatz leisten (§ 280). Der Akzeptant kann demnach auch die Herausgabe des Ersatzes nach § 281 verlangen. Weithin ergibt sich damit die Haftung für ein Unmöglichwerden der Leistung durch Verschulden von Hilfspersonen (§ 278). Bei gegenseitigen Verträgen hat der Gläubiger die Rechtsmittel nach § 325[58]. Die Vorschrift des § 306 kommt

---

56) Blomeyer, a.a.O., S. 72.

57) So auch die h.L. im Schuldvertragsrecht der skandinavischen Länder; vgl. dazu im näheren Blomeyer, a.a.O., S. 73 f. Zustimmend auch Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 70. Dieser Lehre kommt jetzt auch Flume (§ 35 I 3 e, S. 645) mit der Feststellung nahe, die Offerte sei eben doch, wie das preuß. ALR I, 5 §§ 90 ff. formuliert, in Anbetracht der Bindungswirkung ein "Versprechen", nur eben ein solches unter der "Bedingung" der Annahme.

58) Blomeyer, a.a.O., S. 76.

dann nicht zur Anwendung[59]. Ihre gewünschte Einschränkung im Falle der vom Versprechenden zu vertretenden nach dem Versprechen eintretenden Unmöglichkeit erfolgt nach alledem unbedenklich durch die Analogie des § 160, sie ergibt sich also aus dem Geist des Vertragsrechts selbst.

---

59) Schon von Tuhr (II 1, S. 487) hatte aus der "unabweislichen Analogie des § 160 I" die Pflicht des Offerenten vor deren Annahme abgeleitet, "dafür zu sorgen, daß für ihn keine Unmöglichkeit der Leistung eintritt". Da aber v. Tuhr (a.a.O., S. 487/88) für die Abgrenzung der ursprünglichen und der nachfolgenden Unmöglichkeit den Moment für entscheidend hält, in welchem der Vertrag durch Zugehen der Annahmeerklärung perfekt wird und demzufolge den § 306 anwendet, ist seine Annahme erstaunlicherweise unbrauchbar. Für die Analogie des § 160 bleibt somit nur dann Platz, wenn "die vom Offerenten zum Kauf angebotene Sache durch sein Verschulden (bloß) beschädigt wird" (a.a.O., S. 487). - Richtig zieht auch Flume (§ 35 I 3 e) die Analogie aus § 160 heran und schließt dann konsequent den § 306 aus. - Henle (Lehrb. I, S. 95/6) hat gleichfalls angenommen, daß der Verkäufer verpflichtet ist, sich schon vor der Annahme zur Lieferung bereit zu halten. Die Pflicht will er aber nicht auf § 160, sondern "viel eher" auf §§ 498 I und 263 III stützen. Diese Begründung ändert jedoch - wie Blomeyer (a.a.O., S. 72) gezeigt hat - an der Sache nichts, denn sie führt zu bekannten Figuren bedingter Rechtsgeschäfte. Im gleichen Sinne auch Siber (Das Buchrechtsgeschäft, S. 130): "Schon der Absendung des Antrages kann sich eine weitere Wirkung anschließen, die sich ohne wesentliche Abweichung auch bei fertig abgeschlossenen aufschiebend bedingten Rechtsgeschäften findet: Die Begründung einer indirekten Pflicht, den angetragenen Erfolg nicht zu vereiteln: schon wer den Antrag zum Verkauf einer Spezies abgesandt hat, ist in seinem Gebaren mit dieser behindert; denn er macht sich durch ihre Beschädigung oder Veräußerung für den Fall ersatzpflichtig, daß der Adressat den ihm zugegangenen Antrag annimmt; nur die Identität, nicht der Inhalt dieser Pflicht ist verschieden..." Weder Henle noch Siber äußern sich jedoch klar über die Anwendung des § 360.

4. Verhältnis zu §§ 130, 145

I. Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, (wenn wird,) sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht (§ 130 I 1). Das Gesetz unterscheidet zunächst zwei Momente: die Abgabe und den Zugang der Willenserklärung. Die Abgabe bezieht sich auf die Vollendung ihres Tatbestandes, der Zugang auf dessen Wirksamwerden. Abgegeben ist eine Willenserklärung dann, wenn der Erklärende alles bei ihm Liegende getan hat, um seinen rechtsgeschäftlichen Willen in einer solchen Weise zu äußern, daß an der Endgültigkeit dieses Willens kein Zweifel mehr sein kann[1]. Die 'Erklärung, die "einem anderen gegenüber" abzugeben ist, also die empfangsbedürftige Willenserklärung will und muß aber von einem bestimmten Empfänger empfangen werden. Der Erklärende muß sich der vollendete Erklärung in Richtung auf den bestimmten Empfänger entäußern. Diese verläßt somit den Herrschaftsbereich des Erklärenden und gelangt nach einigen Gefahren in den des Empfängers. Dabei geht es um die Rechtsfrage, wer das Risiko der Verstümmelung oder des Verlustes auf dem Wege vom Erklärenden zum Epfänger trägt. Von wann an kann der Empfänger die Erklärung für sich in Anspruch nehmen, von wann an muß sie der eine, von wann an der andere gegen sich gelten lassen? Es muß darum eine Abgrenzung zwischen den Herrschaftsbereichen beider Beteiligten vorgenommen werden. Das BGB hat in § 130 I 1 diese Grenzziehung im Sinne der sog. Empfangstheorie (Zugangstheorie) entschieden[2]. Für das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Erklärung unter Abwesenden soll damit der Zeitpunkt des Zugangs maßgebend sein. Mit dem Zugang endet der Herrschaftsbereich des Erklärenden und beginnt der des Empfängers. Jedem Beteiligten soll also das Risiko nur im eigenen Einflußbereich zufallen. Im Gesetz wird aber der Tatbestand des "Zuganges" nicht näher bestimmt. Die Rechtsprechung hat dazu folgenden Leitsatz entwickelt: Zugegangen ist eine Willenserklärung dann, wenn sie in verkehrsüblicher Art derart in den Machtbereich des

---

1) Larenz, Allg. Teil § 27 II a (S. 414). Ohne "Abgabe" fehlt es an einer "Willenserklärung" überhaupt , ohne daß besondere Vernichtungshandlung nötig ist; Erman-Westermann § 130.3.

2) Damit wurden die Äußerungs-, Absendungs- (Entäußerung-) und Vernehmungstheorie abgelehnt; vgl. dazu statt aller Mot. I, S. 156.

Empfängers gelangt ist, daß diesem unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft ist[3]. Dieses Zugehen ist bei (empfangsbedürftigen) Willenserklärungen unter Abwesenden stets erforderlich, d. h. nicht nur bei verkörperten, schriftlichen Erklärungen, sondern auch bei unverkörperten, mündlichen Erklärungen durch eine Übermittlungsperson[4]; die vom Erklärenden durch Übermittlungsboten im Hause des Adressaten an dessen zur Empfangnahme geeignete Angehörige oder Hausangestellte abgegebene Erklärung ist dann zugegangen, wenn sie nach den Umständen so in seiner Macht ist, daß erwartet werden muß, sie werden zu seiner Kenntnis gelangen[5].

Das Gesetz erwähnt in § 130 nur empfangsbedürftige Willenerklärungen, die in Abwesenheit des Empfängers abgegeben werden. Darüber, wann eine Erklärung gegenüber einem Anwesenden - als solche ist auch die durch Fernsprecher dem Empfänger übermittelte Erklärung anzusehen (vgl. § 147 I 2)[6] wirksam wird, sagt das Gesetz nichts. § 130 ist dann - richtiger Ansicht nach[7] - entsprechend anzuwenden. Die schriftliche Erklärung muß demnach so in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein, daß ihm eine Kenntnisnahme möglich ist; das ist vor allem bei Übergabe eines Schriftstückes der Fall[8]. Bei mündlichen Erklärungen muß jedoch der Tatbestand des Zuganges enger aufgefaßt werden. Es genügt hier nicht, daß die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt, so daß ihm

---

3) RGZ 50, 191 bis 142, 407; BGH 20, 149. So auch die heute h.L.; vgl. Ennec.-Nipp. § 158 II A 1; Flume § 14 3 b; Lehmann-Hübner § 32 II 2; Lange § 38 III 1a; Palandt-Danckelmann § 130.2a.

4) Die mündliche Erklärung an einen Abwesenden kann nur durch einen Boten erfolgen. - Die Übergabe der Erklärung an eine Übermittlungsperson ist nur als Zugang anzusehen, wenn die Übermittlungsperson auf der Seite des Empfängers steht; denn nur dann ist die Erklärung bereits in den Bereich des Empfängers gelangt; Flume § 14 3 d (S. 236). Handelt die Übermittlungsperson im Namen des Empfängers und hat sie für die Entgegennahme der Erklärung Vertretungsmacht, so gilt das gleiche, wie wenn die Erklärung dem Empfänger selbst gegenüber abgegeben wäre (§ 164 III); Flume, a.a.O.

5) So mit Recht die h.L.; z. B. RGZ 60, 334; 61, 125, 127; 102, 295; BGH NJW 51, 313; Ennec.-Nipp. § 158 II A 2 c (S. 979); Flume § 14 3 d.

6) h.L.; RGZ 90, 167; Larenzm Allg. Teil § 27 II c; Erman-Westermann § 130.7; Soergel-Hefermehl § 130.20; Palandt-Danckelmann § 130.1b.

7) Vgl. die Angaben unter Anm. 6 und 8.

8) RGZ 61, 415; Ennec.-Nipp. § 158 II B 1 (S. 981); Larenz, a.a.O. Da der Erklärende, solange er das Schriftstück noch nicht aus der Hand gegeben hat, seinen Willensentschluß noch nicht endgültig bekundet hat, fallen Abgabe und Zugang der Erklärung hier zusammen.

die objektive Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht[9]. Der Empfänger muß auch noch subjektiv in der Lage sein, die Erklärung richtig zu verstehen. Die mündliche Erklärung geht also dem Empfänger nicht zu, wenn er sie — z. B. wegen Taubheit, Schwerhörigkeit, Sprachunkenntnis oder auch augenblicklicher Geistesabwesenheit — nicht richtig verstanden hat[10].

Das mündliche etwa an den Tauben gerichtet Wort ist ebensowenig eine Erklärung an diesen wie das Wort, das an jemand gerichtet wird, der so weit entfernt ist, daß das Vernehmen unmöglich ist. In beiden Fällen ist die Erklärung nicht bloß nicht vernommen, sondern auch nicht empfangen, nicht zugegangen[11].

Diese Grundsätze gelten auch für die Annahmeerklärung bei Verträgen[12]. In der gemeinrechtlichen Lehre wurde sogar die Frage des Wirksamwerdens der Willenserklärung als eine Sonderfrage des Rechts des Vertragsschlusses behandelt; es ging darum, in welchem Zeitpunkt die Annahme eines Vertragsangebots den Vertragsabschluß herbeiführe[13]. Nach der Regelung des BGB wird also der Tatbestand des Vertragsschlusses in dem Zeitpunkt wirksam, in dem dem Offerenten die Annahmeerklärung i. S. des § 130 zugeht[14]. Da aber das Vertragsangebot seiner Natur

---

9) So aber die ältere Lehre (z. B. Cosak I § 59; Endemann I § 66; Leonhard, Allg. Teil, S. 284; Crome I § 88); sie ist heute aufgegeben.

10) Dies ergibt sich zwingend aus der Natur der Sache. Das schriftliche Wort hat Bestand; wer ein Schriftstück nicht genau gelesen oder seinen Inhalt vergessen hat, kann es erneut lesen und sich den Inhalt dadurch wieder ins Bewußtsein bringen. Das gesprochene Wort verhallt; es kann daher nur in dem Augenblick verstanden werden, wo es abgegeben wird. Da also Empfang und Vernehmung hier zusammenfallen, wird von der heute h.M. wirkliche Kenntnis verlangt. Vgl. RG Gruch.B. 50, 893; RGZ 90, 167; Ennec.-Nipp. § 158 II B 1; Flume § 14 3 f.; Lange, Allg. Teil § 38 IV; Larenz, Allg. Teil § 27 II c; Staud.-Coing § 130,12 und Vorbem. § 116.16; Soergel-Hefermehl § 130.19; Erman-Westermann § 130.7; RGRK-Krüger-Nieland § 130.18; Palandt-Danckelmann § 130.1b. Von anderem Ausgangspunkte kommen hier zu nahezu demselben Ergebnis Oertmann § 130.4 a; v. Tuhr II 1 § 61, S. 413, 433; Plank-Plad § 130.2 und Lehmann-Hübner § 32 II 3; diese halten die gesetzliche Unterscheidung zwischen Erklärungen an Abwesende und Anwesende nicht für angemessen und wollen nur zwischen verkörperten und nicht verkörperten Erklärungen unterscheiden und letztere dem Anwesenden gegenüber nur dann wirksam werden lassen, wenn sie von ihm vernommen sind.

11) So mit Recht Ennec.-Nipp. § 158 II A, Anm. 7.

12) § 130 gilt grundsätzlich im gesamten Bereich des Privatrechts; z. B. Soergel-Hefermehl § 130.3; Staud.-Coing § 130.1a.

13) Vgl. Windscheid, Pandektenrecht II § 306.

14) Anders aber im Fall der §§ 151, 152, wo die Annahme — ausnahmsweise — keine empfangsbedürftige Erklärung ist; vgl. Palandt-Danckelmann § 148.1.

nach zeitlich begrenzt ist, kann die Annahme nur innerhalb gewisser Zeit erfolgen und muß grundsätzlich[15] auch innerhalb derselben zugehen[16]. Grundsätzlich vermag der Offerent selbst zu bestimmen, wie lange sein Angebot gelten soll. Hat er dem Empfänger für die Annahme eine Frist gesetzt, so kann er nur innerhalb dieser Frist angenommen werden (§ 148). Hat er keine Frist bestimmt, so unterscheidet das Gesetz zwischen einem Angebot, das einem Anwesenden gemacht wird, und einem Angebot an einen Abwesenden. Das einem Anwesenden gemachte Angebot kann von diesem nur sofort angenommen werden (§ 147 I 1). Dies gilt auch von einem "mittels Fernsprecher von Person zu Person" gemachten Angebot (§ 147 I 2)[17]. Das einem Abwesenden gemachte Angebot kann nur "bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf" (§ 147 II). Tritt also der Zugang nicht innerhalb der rechtsgeschäftlichen (§ 148) oder gesetzlichen Frist (§ 147) ein, so kommt der Vertrag nicht zustande.

Nun kann einmal die Situation entstehen, daß infolge Verschuldung den Offerenten der Zugang der Annahmeerklärung verhindert - endgültig vereitelt oder auch nur verzögert - wird. Vereiteln kann der Offerent den Zugang zunächst insbesondere dadurch, daß er die Annahme eines die Akzeptation enthaltenen Briefes verweigert[18] oder daß er mit unbekanntem Aufenthaltsort oder mit falschen Angaben über seinen neuen Wohnsitz verzieht. Vereiteln kann aber der Offerent den Zugang auch dadurch, daß er sich weigert, die ihm vorgehaltene Schrift zu lesen, oder daß er sich die Ohren zuhält oder den Telefonhörer aus der Hand legt, um die Erklärung nicht zu hören[19], oder daß er ein Zusammentreffen mit dem Akzeptanten

---

15) Vgl. aber den Fall des § 149; dazu unten S. 197 f.

16) RGZ 53, 59; Lehmann-Hübner § 33 II 3 c a (S. 241); v. Tuhr II 1 § 61, S. 444 ("Zur Wahrung der Frist ist der Zugang erforderlich").

17) Nicht "unter Anwesenden" abgegeben ist also die Erklärung eines Boten und die Erklärung an Empfangsboten, denn sonst geht die Erklärung dem Empfänger nicht "von Person zu Person" zu, sondern erst mit der Bestellung "durch" den Boten (RG SeuffA. 59 Nr. 387; RG Gruch.B. 67, 194; Lehmann-Hübner, S. 241; Palandt-Danckelmann § 148.4); wohl aber diejenige, die von und an einen Vertreter (vgl. auch oben Anm. 4) abgegeben ist.

18) Denn infolge der Annahmeverweigerung gelangt die Erklärung gerade nicht in den Bereich des Empfängers. So RGZ 110, 34 = JW 25, 938 (dazu Krückmann ebenda u. JW 26, 1430 zustimmend; dagegen Riezler JW 25, 2326); Flume § 14 3 c (235 f.). Anders aber die h.M.; Ennec.-Nipp. § 158 II A 2 b m. Anm. 19; Staud.-Coing § 130.6; v. Tuhr II 1, S. 434; Oertmann § 130.3 c δ; Larenz § 27 II b (S. 419).

19) A.M. aber hier Ennec.-Nipp. § 158 II B 1; vgl. obige Anm.

vermeidet oder vergißt, welcher die Annahmeerklärung abgeben will. Eine Verzögerung des Zugangs kommt z. B. dann in Betracht, wenn der Offerent auf der Post anordnet, daß die Briefe ihm während einer Reise überhaupt nicht zugesendet werden sollen; wenn er seine Zimmervermieterin beauftragt, ihm die Post nachzuholen; wenn er auch in den üblichen Stunden seine Wohnung oder sein Geschäftslokal verschlossen hält oder den Briefkasten abmontiert oder vernagelt; oder auch, wenn er die Fernsprechverbindung bis zum Termin der Annahme abstellt.

Es muß also Rechtsmittel und Wege geben, um ein solches Verhalten des Offerenten für den Akzeptaten unschädlich zu machen. Es handelt sich dabei um eine Sonderfrage der allgemeinen Frage der Verhinderung des Zugangs von Willenserklärungen überhaupt.

Das BGB ist formal eingestellt. Es stellt bei Unkenntnis über die Person oder den Aufenthalt des Empfängers in § 132 II die Zustellung nach den Vorschriften des ZPO zur Verfügung[20]. Die Bestimmung des § 132 II kann aber in dringenden Fällen nicht helfen. Tritt die briefliche Annahmeerklärung erst am letzten Tage ein oder kommt der Akzeptant persönlich an diesem Tag zum Offerenten und kann die Erklärung nicht angebracht werden, obwohl sie rechtzeitig und zu üblicher Stunde erfolgen sollte, so nützt die Möglichkeit der öffentlichen Zustellung nichts[21]. Die Gefahr einer Verhinderung des Zugangs bleibt trotz dieser Möglichkeit bestehen.

Man versucht deshalb einen rechtlichen Schutz für den Akzeptanten auszumitteln. Aber die Meinungen gehen auseinander und zwar sowohl über die Voraussetzungen, als auch über die Beschaffenheit und den Umfang des Schutzes.

Einig ist man nur darüber, daß eine allgemeine Pflicht zur Ermöglichung des Zugangs von Willenserklärungen überhaupt nicht besteht. Nun wollen einige diesen Grundsatz auch für den Fall des Zugangs der Annahmeerklärung gelten wissen, wobei

---

20) Damit ist nicht nur die persönliche Zustellung, sondern auch die Ersatzzustellung zugelassen (§§ 181/185 ZPO), so daß der Gerichtsvollzieher oder Postbote das die Annahmeerklärung enthaltene Schreiben auch dem Hauswirt oder Vermieter zustellen (§ 181 II ZPO), bei Annahmeverweigerung am Orte der Zustellung zurücklassen (§ 186 ZPO) oder bei Gericht, Gemeinde, Polizei oder Post niederlegen kann (§ 182 ZPO).

21) Vgl. Lange, Allg. Teil § 38 VI 3; v. Tuhr, a.a.O., S. 445.

sie den Schutz des Akzeptanten – wie das Erklärenden überhaupt – nur aus anderen Gesichtspunkten zu gewähren suchen; andere gehen hier von der Annahme einer Zugangsermöglichungspflicht aus, die sie aus den Grundsätzen der c.i.c. erschöpfen, und streiten dann nur über Detailfragen.

II. So bemüht man sich zunächst, mit der allgemeinen Problematik des Zugangs Abhilfe zu schaffen.

1. Titze[22] meint, die Verhinderung des Zugangs der Annahmeerklärung durch den Offerenten sei kein speziell der Lehre von der c.i.c. angehöriges Thema; diese Frage falle schlechthin unter die Zugangslehre und sei nicht anders als für sonstige Willenserklärungen zu beantworten. Das ist jedoch nicht richtig[23]. Die Zugangslehre befaßt sich mit dem Begriff des Zugehens und sucht den Inhalt des Zugangs zu bestimmen, um das maßgebende Moment zu gewinnen, wann eine Willenserklärung zugegangen ist oder nicht. Heute besteht Einigkeit darüber, daß der Zugang der Erklärung zumindest ihren Eingang in den Herrschaftsbereich des Empfängers voraussetzt[24]. Diese Mindestvoraussetzung ist aber offenbar in unserem Fall nicht erfüllt. Wenn z. B. niemand den Telefonhörer aufnimmt, kann die Erklärung nicht einmal lautlich in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangen. Die Willenserklärung, deren Zugang verhindert worden ist, ist nicht zugegangen[25]. Die Zugangslehre kann demnach nur insofern helfen, als sie hier die eindeutige Antwort gibt, daß die verhinderte Erklärung eben nicht zugegangen ist.

Mit dieser Feststellung erledigt sich die Aufgabe der Zugangslehre[26].

---

22) JW 31, 512/3.
23) Ebenso Baumert, Tatbestand und HaftungsmaBstab, S. 50.
24) Vgl. oben S. 190 m. Anm 3 und besonders Flume, a.a.O.
25) Flume § 14 3 e (S. 238).
26) An anderer Stelle (Jher.Jb. 48, 453 ff.; MiBverständnis, 262 ff.) hat Titze vorgeschlagen, die Regeln über Annahmeverzug durch Analogie auf die Fälle der Verhinderung des Zugangs von Willenserklärungen zu übertragen. Auch dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Sie geht davon aus, daß der Empfänger bzw. Offerent an der Abgabe der Willenserklärung ein ähnliches Interesse habe, wie der Gläubiger an der Bewirkung der Leistung (a.a.O., S. 453). Eine Analogie wäre nur dann zulässig, wenn sich die Interessenlage auch auf der Seite des Akzeptanten/Schuldners ähnlich erwägen ließe. Während aber das Interesse des Schuldners in der Befreiung von seiner Erfüllungspflicht besteht, beruht das Interesse des Akzeptanten an dem Zugang der Annahme auf seinen "Recht", den Vertrag zustande zu bringen. Dieser ist überhaupt nicht verpflichtet. Der einzige bereits zum Schuldinhalt bedingt Verpflichtende ist im Antragsverhältnis nach dem Zugang der Offerte der Offerent. Im Falle des Annahmeverzugs hingegen trifft den Gläubiger grundsätzlich keine Pflicht zur Annahme. So auch Baumert, a.a.O., S. 75/6; Steinberg, Haftung für c.i.c., S. 60, vgl. Plank-Flad § 130.5c und v. Blume Jher.Jb. 51, 5-9.

2. v. Tuhr faßt das schuldhafte Verhalten des Offerenten als Verletzung einer aus dem Schuldverhältnis der c.i.c. folgenden Verpflichtung, den Zugang der Annahmeerklärung zu ermöglichen, auf[27], will aber dem Akzeptanten - wie dem Erklärenden überhaupt - auch dann helfen, wenn "unverschuldete abnorme Umstände in der Person des Adressate (z. B. plötzliche Abwesenheit aus dringendem Grund) den Zugang der Erklärung gehindert haben"[28]. Das letztere leitet v. Tuhr aus dem der Zugangstheorie zugrunde liegenden Gedanken der Risikoverteilung ab.

Auch diese Ansicht ist nicht zutreffend. Aus dem dem § 130 zugrunde liegenden Gedanken der Risikoverteilung läßt sich nicht ableiten, daß der Adressat das Risiko übernehmen muß, wenn das Zugehen der Erklärung aus Gründen gescheitert ist, die in seiner Person liegen. Der rechtspolitische Grundgedanke der Zugangstheorie (§ 130) ist der, daß die Gefahren, deren die Erklärung auf ihrer Reise vom Erklärenden zum Empfänger ausgesetzt ist, dem Erklärenden zur Last fallen, daß Gefahren dagegen, die nach Gelangen der Erklärung in den Bereich des Adressaten die (rechtzeitige) Kenntnisnahme verhindern, dem Empfänger aufgebürdet werden. Daraus folgt erstens, daß das entscheidende Moment für den Risikoübergang das Gelangen der Erklärung in die Einflußsphäre des Empfängers ist, und zweitens, daß der Empfänger nur die Gefahren der Verhinderung der (rechtzeitigen) Kenntnisnahme tragen muß, d. h. nicht diejenigen, welche den Zugang verhindern. Demgemäß sagt die Ansicht von v. Tuhr, daß "Zufälle und Abnormitäten der Sachlage der Partei zur Last fallen, in deren Machtbereich sie eintreten", also dem Empfänger, wenn sie in seiner Person begründet sind[29], nichts Besonderes, weil die Erklärung eben in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein muß; nur in diesem Rahmen hat der Adressat das Risiko eines Zufalls zu tragen[30]. Wollte v. Tuhr die Fälle der zufälligen Verhinderung mit der Zugangstheorie rechtfertigen, so könnte er auch eine verschuldete genau so betrachten, da es auch hier um "abnorme Hindernisse des Zugehens in der Person des Adressaten" handelt und folgerichtig keine Verpflichtung zur Ermöglichung des Zugangs annehmen. Das wäre aber ebensowenig richtig, weil - wie gezeigt - der Gedanke der Risikoverteilung die Frage der Verhinderung des Zugangs überhaupt unberührt läßt.

---

27) a.a.O., S. 445/6 und Anm. 254, S. 487.
28) a.a.O., S. 447.
29) v. Tuhr, a.a.O., S. 447.
30) So auch Steinberg, a.a.O., S. 59/60.

3. Hierher gehört aber vor allem folgende, insbesondere von Flume[31] und Nipperdey[32] vertretene und heute weit verbreitete[33] Auffassung: Ist das rechtzeitige Zugehen der Erklärung lediglich durch einen (wenn auch unverschuldeten) Umstand verhindert, der in der Einflußsphäre des Empfängers liegt und mit dessen Nichtvorhandensein der Erklärende rechnen durfte, so müsse die Erklärung, wenn sie nach dem Wegfall des Hindernisses unverzüglich wiederholt wird, als rechtzeitig zugegangen erachtet werden; die Berufung des Empfängers auf die Verspätung würde dann gegen Treu und Glauben verstoßen. Dieser Satz gelte auch für die Verhinderung des Zugangs der Annahmeerklärung.

Auf den ersten Blick scheint diese Auffassung alle Bedürfnisse zu befriedigen. Indessen erweist sie sich insbesondere in Hinblick auf die Frage der Verhinderung der Annahmeerklärung doch als unzulänglich.

Zunächst läßt sich dogmatisch einwenden, daß dieser Rechtsatz, vielleicht unbewußt, eine Fiktion der Rechtzeitigkeit des Zugangs aufstellt: "(Die Erklärung muß) ... als rechtzeitig zugegangen erachtet werden"[34] oder "(Der Empfänger muß) die Erklärung als rechtzeitig gelten lassen"[35]. Aber dabei geht man von der Ablehnung einer Fiktion des Zugangs aus. Flume äußert sich: "Es besteht heute grundsätzlich Einigkeit darüber, daß die Verhinderung des Zugangs nicht auf Grund einer Fiktion dem Zugang gleichzustellen ist... Das Reichsgericht hat zwar ursprünglich für den Fall der Verhinderung des Zugangs mit einer Fiktion des Zugangs gearbeitet (RG 58, 406 ff.; 95, 315[36]. Diese Ansicht ist aber überwunden. Die Verhinderung des Zugangs hat nach der Ansicht des BGH (BGH LM § 130 Nr. 1[37]) und der heute herrschenden Meinung in der Literatur nur noch Bedeutung für die Frage der Rechtzeitigkeit der Erklärung"[38]. Diese Ansicht Flumes trifft

---

31) § 14 3 e.
32) Ennec.-Nipperdey § 158 II A 3.
33) Soergel-Hefermehl § 130.22-25; Erman-Hefermehl § 145.8; diese nehmen aber auch eine c.i.c. an. Der gleichen Auffassung ist auch der BGH in LM Nr. 1 zu § 130; diese Entsch. betrifft jedoch nicht die Verhinderung des Zugangs einer Annahmeerklärung und das Gericht hat - vorsichtigerweise - gar nicht über eine Anwendung auf diesen Fall gesprochen.
34) Ennec.-Nipperdey, a.a.O.
35) Flume, a.a.O.
36) In RGZ 58, 406, 408 f. wird die Fiktion des Zugangs für den Fall der Arglist mit § 162 (dazu eingehend unten S. 201 ff.) und für den Fall der Fahrlässigkeit mit einer (in BGB aber fremd gebliebenen; so richtig v. Tuhr, a.a.O., S. 446, Anm. 255; Oertmann § 130. 3 i ββ; v. Blume, a.a.O., S. 22; Steinberg, a.a.O., S. 61) exceptio doli begründet.
37) Zu dieser Entsch. vgl. aber oben Anm. 33.
38) Flume, a.a.O., S. 238.

auch zu. Der Zugang einer Willenserklärung darf niemals fingiert werden. Die Erklärung muß nach § 130 wirklich[39] zugegangen sein. Eine Ausnahme sieht nur § 132 vor. Hier wird zwar vielfach die "zugestellte" Willenserklärung gleichzeitig auch "zugegangen" sein. Für solche Fälle hätte es aber des § 132 nicht bedurft. Seine praktische Bedeutung liegt darin, daß er die "zugestellten", aber nicht "zugegangenen" Willenserklärungen so behandelt, als wären sie zugegangen[40]. § 132 ist aber eine Ausnahmevorschrift und bietet keine Grundlage zur analogen Anwendung auf andere Fälle. Von diesem Ausnahmefall abgesehen muß der Zugang immer erfolgen. Auch Nipperdey sagt es: "Keinesfalls ändert der Umstand, daß der Adressat durch sein Verhalten den Zugang der Erklärung vereitelt hat, die Rechtsnatur der empfangsbedürftigen Erklärung, deren Wirksamkeit nach § 130 BGB den Zugang voraussetzt"[41]. Darum verlangt man, daß die Erklärung, wenn der erste Versuch fehlschlägt, wiederholt wird, bis sie einmal tatsächlich zugeht. Ist aber sie einmal zugegangen, so müsse sie als rechtzeitig zugegangen werden. Man will also nur die Rechtzeitigkeit des Zugangs fingieren. Gerade diesen Gesichtspunkt möchten wir bezweifeln. Das Gesetz sagt nicht nur, daß die Erklärung zugehen (§ 130), sondern in Hinblick auf die Annahmeerklärung auch, daß sie innerhalb von bestimmten Fristen (§§ 147, 148) zugehen soll. Eine Ausnahme ist hier nur für den Fall des § 149 vorgesehen. Danach ist der Offerent bei verspätetem Zugang der Annahme verpflichtet, dem Akzeptanten unverzügliche Anzeige von der Verspätung zu machen, wenn die Annahme so abgesendet worden ist, daß sie "bei regelmäßiger Beförderung" ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, und er dies

---

39) Der schon von Habicht (DJZ 01, 265) angeregte Gedanke der Fiktion des Zugangs nach § 162 beruht auf einer falschen Auslegung des § 130: "§ 130 sagt nicht, daß eine Willenserklärung dem Abwesenden gegenüber nur im Falle des Zugehens wirksam wird, sondern daß sie jedenfalls dann wirksam wird". Diese Vorstellung widerspricht schon zu der Vorgeschichte der Vorschrift (vgl. Mot. I, S. 156 f.) und mit Recht hat ihr keiner gefolgt. Vgl. etwa v. Blume, a.a.O., S. 4 f. und Titze, Jher.Jb. 47, 449, der dazu bemerkt: "Da der heutige Richter kein römischer Prätor und der heutige Zivilprozeß kein römischer Formularprozeß ist, so bleibt es unerfindlich, woher der Richter die Befugnis nehmen soll, da, wo es an einem vom Gesetze geforderten Tatbestandsmoment anerkanntermaßen fehlt, diesen Mangel dadurch zu ersetzen, daß er das nicht vorhandene Stück kurzweg als vorhanden fingiert".

40) Titze, a.a.O., S. 446, Anm. 99.

41) Ennec.-Nipperdey, a.a.O.

erkennen müßte. Verzögert er die Anzeige, so "gilt die Annahme als nicht verspätet"[42]. Diese Vorschrift ist aber ebensowenig analogiefähig wie die des § 132. Der Schwerpunkt dieser Regelung liegt in der Verpflichtung des Offerenten, die Verspätung des Zugangs anzuzeigen: Unterläßt er die Anzeige, so muß er den Zugang als rechtzeitig gelten lassen; sendet er diese ab, so gilt der Zugang als nicht rechtzeitig erfolgt. Damit soll das Interesse beider Teile bewahrt werden. Einmal soll das Vertrauen des Akzeptanten auf den rechtzeitigen Zugang und damit auf die Vertragsgültigkeit, auf eine Tatsache also, von welcher er keine Kenntnis haben kann, geschützt werden[43]; zum anderen aber auch das Interesse des Offerenten, der wenn er nicht protestiert, einverstanden zu sein scheint[44]. Diese Offenbarungspflicht des Offerenten soll - und kann - sich nur auf eine Verspätung des Zugangs beziehen, die allein auf verzögerter "Beförderung" beruht, auf Umstände also, die jedenfalls nicht in seinem Einflußbereich liegen; eine Offenbarungspflicht des Offerenten hinsichtlich der Verspätung etwa dann, wenn diese in seinem Bereich selbst aus unverschuldeten oder sogar verschuldeten Gründen eintritt, wäre kaum denkbar oder sogar sinnlos. § 149 beruht also auf Umständen, die in dem fraglichen Tatbestand nicht vorliegen. Die Fiktion des § 149 beruht vor allem auf einer Pflicht, die sogar beiden Teilen dienen soll. Im anderen Fall dagegen erfolgt die "Fiktion" nur zugunsten des Akzeptanten und zwar aufgrund einer ihm selbst aufgebürdeten Last zur Wiederholung! Ganz offensichtlich ist ein Analogieschluß nicht zulässig.

Aber auch die zur "Fiktion" aufgestellten Voraussetzungen sind vor allem aus praktischen Gründen für den Fall der Verhinderung des Zugangs der Annahmeerklärung nicht angemessen.

So verlangt man zunächst, daß der Grund der Verhinderung ausschließlich in dem Einflußbereich des Empfängers bzw. des Offerenten liege. Das kann jedoch zu unbilligen Ergebnissen führen. In der Entsch. des RG 97, 336 ff. hatte der Beklagte dem Kläger durch Fernsprecher Kuxe zum Verkauf angeboten, gültig auf Bescheid bis abends 6 Uhr. Der Kläger rief eine 3/4 Stunden vor Ablauf der Frist bei der Fernsprechzentrale des Betriebes, in welchem der Beklagte angestellt war,

---

42) Fiktion; z. B. RGZ 105, 257; Palandt-Danckelmann § 149.2.
43) Baumert, a.a.O., S. 53.
44) Baumert, a.a.O., S. 54; vgl. Lehmann-Hübner, S. 242 oben.

an und verlangte, den Beklagten zu sprechen. Dieser war jedoch nicht zur Stelle. Der Kläger beauftragte daraufhin die Telefonistin des Betriebes, dem Beklagten sofort zu bestellen, daß die Kuxe verkauft seien. Die Bestellung wurde dem Beklagten erst kurz vor 7 Uhr ausgerichtet. Der Beklagte ließ die Annahme seines Angebots nicht gelten, weil sie verspätet erfolgt sei. Das Reichsgericht nahm hier ein beiderseitiges Verschulden des Klägers (Akzeptanten) und des Beklagten (Offerenten) an der Verzögerung des Zugangs nach der Grundsätzen der c.i.c. an: des Akzeptanten, weil er die Annahme einer zur Annahme nicht ermächtigten Person erklärte, ohne den Offerenten an das Telefon rufen zu lassen[45]; des Offerenten, weil er sich bei der Unterrichtung der Fernsprechbeamtin, wo er zu finden sei, beruhigt habe, obwohl er mit dem Zugang der Annahmeerklärung rechnen mußte. Das Gericht hat also mit Recht den für den Akzeptanten bei Annahme der Unwirksamkeit er Erklärung entstandenen Schaden nach § 254 zwischen den Partnern geteilt. Nun hält aber etwa Nipperdey den § 254 gegenüber dem Offerenten nicht für anwendbar, "da der Zugang nicht lediglich durch einen in seiner Person liegenden Umstand verhindert" sei[46]. Ginge man aber wirklich von diesem Gesichtspunkt aus, so brauchte man den Offerenten auch dann nicht haftbar zu machen, wenn sich im gegebenen Fall nachweisen ließe, daß er sich absichtlich der Annahmeerklärung entziehen wollte; denn auch dann wäre der Zugang gerade nicht lediglich aus Gründen verhindert, die in einem Bereich liegen[47]. Daß aber der dolos handelnde Offerent sich auf die Verhinderung des Zugangs nicht berufen kann, wird niemand in Abrede stellen. Diese Unbilligkeit läßt sich allerdings nicht vermeiden, wenn man - wie Nipperdey oder Flume - von dem Risikogedanken ausgeht, sondern wohl nur, wenn man das Verhalten einer jeden Partei getrennt behandelt und die Haftung nach dem Verschuldungsmaßstab bestimmt.

---

45) Dies wäre notwendig gewesen, da die Fernsprechbeamtin nicht Angestellte oder Hausgenossin des Verkäufers war - in diesem Falle könnte die Erklärung schon mit Abgabe an sie als dem Erklärungsempfänger zugegangen betrachtet werden, da sie damit in seinen Machtbereich gelangt wäre -, vielmehr waren beide Angestellte derselben Firma.

46) Ennec.-Nipp., S. 980, Anm. 28; so auch Erman-Westermann § 130.5 (S. 156); ähnlich auch Flume, S. 240. Für Anwendung des § 254 aber Soergel-Hefermehl § 130.24 (von seinem Ausgangspunkt inkonsequent).

47) Der Akzeptant mußte jedenfalls das seinerseits Erforderliche tun, um den Offerenten zu erreichen. Verwandte er die Telefonistin als Boten, so war die rechtzeitige Übermittlung seiner Erklärung sein Risiko (Flume, a.a.O.).

Zur Rechtzeitigkeit der Erklärung wird ferner verlangt, daß der Erklärende mit dem Zugangshindernis nicht zu rechnen oder es nicht zu respektieren brauche. Flume meint, der Erklärende müsse in der Regel respektieren, daß vorübergehend die Möglichkeit des Zugangs einer Erklärung nicht bestehe; so könne z. B. der Arbeitgeber dem Angestellten während dessen Urlaub nicht kündigen, sofern der Angestellte während dieser Zeit keine Zugangsadresse hat[48]. Diese Ansicht ist, wenn man sie auf das Antragsverhältnis überträgt, unbedenklich abzulehnen. Denn der Offerent könnte sonst trotz seiner Gebundenheit die Vertragsannahme immer durch eine Reise vereiteln, ohne verpflichtet zu sein, etwa dem Partner seine neue Adresse anzuzeigen oder einen Empfangsbevollmächtigten zu bestellen. Man könnte noch an folgendes Beispiel denken: Ein Geschäftsherr macht um 2 Uhr nachmittags jemandem eine telefonische Offerte über ein Objekt von erheblichem wirtschaftlichem Wert, gültig auf Bescheid bis 12 Uhr nachts. Um 9 Uhr abends erscheint vor dem Geschäftslokal des Offerenten ein Telegraphenbote mit dem die Annahme aussprechenden Telegramms. Er findet aber das Lokal geschlossen und das Telegramm wird erst am nächsten Morgen, also verspätet, bestellt. Wer muß hier die Folgen des verspäteten Zugangs tragen? Kann man diese Folgen dem Akzeptanten eben mit der Begründung auferlegen, er hätte mit dem Vorhandensein eines Hindernisses, d. h. mit der normalen Geschäftszeit rechnen müssen, also seine Antwort entsprechend früher absenden? Dies sicherlich nicht! Das Moment des "Rechnen-Müssens" spricht hier entscheidend gegen die Ansicht Flumes. Der Geschäftsmann hat einen Vertragsantrag gemacht und selbst die Annahmefrist gesetzt; er hätte also mit der Antragsannahme innerhalb dieser Frist rechnen müssen und sich dementsprechend für deren Empfang während dieser Zeit bereithalten. Der Geschäftsmann müßte daher selbst oder ein Vertreter für ihn bis zum Ende der Frist im Geschäft bleiben oder auch eine Zugangsmöglichkeit nach der Geschäftszeit (z. B. seine Privatadresse) nennen. Der Akzeptant brauchte angesichts der Geltungsdauer der Offerte gar nicht auf die normale Geschäftszeit abzustellen, also auch nicht seine Antwort entsprechend früher abzuschicken. Eine andere Beurteilung würde verkennen, daß der Akzeptant eine gewisse Zeit zur Überlegung braucht. Wenn er sich insbe-

---

48) Flume, a.a.O., S. 239.

sondere in Rücksicht auf die Erheblichkeit des Objekts nicht früher entscheidet, so darf man ihm nichts vorwerfen, sonst würde man sein "Recht" verkümmern. Verlangt man eine Verkürzung der Überlegungszeit des Akzeptanten, so nimmt man praktisch auch eine Verkürzung der Annahmefrist vor. Das wäre nicht zulässig, weil der Offerent gerade für die ganze Annahmefrist gebunden ist.

Als weitere Voraussetzung der Rechtzeitigkeit wird verlangt, daß der Erklärende nach Kenntnis vom Fehlschlagen seines Erklärungsversuches unverzüglich die Erklärung wiederholt; die Berufung des Empfängers auf die Verspätung verstoße dann gegen Treu und Glauben. Nun läßt sich fragen, warum der Offerent eine ihm verspätet zugegangene Erklärung nach Treu und Glauben als rechtzeitig gelten lassen müßte[49], wenn er nach Treu und Glauben nicht schon früher verpflichtet wäre, den rechtzeitigen Zugang zu ermöglichen. Will man auf Treu und Glauben hinweisen, so muß man anerkennen, daß derselbe Grundsatz vom Offerenten eine Handlung in einem früheren Zeitpunkt verlangt, d. h. während der Frist den Zugang der Annahme zu erwarten. Wäre er nicht innerhalb der Annahmefrist nach Treu und Glauben verpflichtet, warum sollte er nach Treu und Glauben außerhalb der Frist verpflichtet sein?

Aus alledem ergibt sich, daß die Gleichbehandlung unseres Falles mit der allgemeinen Frage der Verhinderung des Zugangs von Willenserklärungen nicht überzeugt und praktisch zu unangemessenen Ergebnissen führt.

III. Da der Zugang der Annahmeerklärung eine (Rechts-) Bedingung für die Wirksamkeit der Annahmeerklärung und damit des Vertragsschlusses darstellt, darf man an eine Lösung auch aus der Bedingungslehre denken.

Mit der Vorschrift des § 160 läßt sich aber jedenfalls nichts erreichen. Sie ergibt nur eine rechtsgeschäftliche, durch die Annahme des Vertragsantrages bedingte Pflicht, das von der Bedingung abhängige Recht nicht zu vereiteln; die Bedingung tritt jedenfalls ein. Hier handelt es sich dagegen um die Verhinderung der Bedingung selbst; eine Pflicht, diese Bedingung nicht zu verhindern, kann deshalb keine rechtsgeschäftliche sein, denn das Rechtsgeschäft entsteht hier infolge Verhinderung der Bedingung gar nicht.

---

49) Die Wiederholung wäre für ihn nutzlos, wenn er nach Treu und Glauben nicht verpflichtet wäre, die wiederholte Erklärung als rechtzeitig gelten zu lassen.

Die Frage der Verhinderung der Bedingung behandelt im Bedingungsrecht § 162. Nach Abs. I dieser Vorschrift gilt die Bedingung als eingetreten, wenn deren Eintritt von der Partei, zu deren Nachteil er gerichtet wurde, wider Treu und Glauben gehindert. Die treuwidrige Verhinderung des Eintritts der Bedingung wird also mit der Fiktion[50] des Eintritts sanktioniert. Kann diese Vorschrift auf unseren Fall angewendet werden?

Es ist davon auszugehen, daß § 162 nur auf echte, rechtsgeschäftlich vereinbarte Bedingungen, nicht aber auch auf Rechtsbedingungen anwendbar ist. Das gilt insbesondere dort, wo das Rechtsgeschäft zu seiner Wirksamkeit der behördlichen Genehmigung oder der Genehmigung eines Dritten bedarf und eine Geschäftspartei die Erteilung der Genehmigung vereitelt. Die Genehmigung wird durch die Vereitelung nicht ersetzt[51]. Die Rechtsbedingung beruht nicht auf der Parteibestimmung, sondern unmittelbar auf der Rechtsordnung, so daß sie durch die Macht der Parteien zur Selbstbestimmung nicht ersetzt werden kann. Die Regelung des § 162 beruht auf der Erwägung, daß die Verhinderung des Eintritts der von den Parteien gesetzten Bedingung "dem Sinne, der Tendenz des Rechtsgeschäfts"[52] zuwiderläuft und deshalb nach dem Sinne des Rechtsgeschäfts der Nichteintritt der Bedingung dem Eintritt gleichzusetzen ist. Diese Regelung gilt deshalb nur in den Grenzen der Privatautonomie, soweit die Partner des Rechtsgeschäfts die Macht zur Gleichsetzung haben. Diese Macht zur Rechtsgestaltung steht ihnen aber hinsichtlich der Rechtsbedingung nicht zu[53].

Ähnliches muß nun auch für die Verhinderung der Annahmeerklärung gelten. Der Zugang dieser Erklärung ist eine condicio juris für ihre Wirksamkeit. Wie die Genehmigung beruht auch der Zugang unmittelbar auf dem Gesetz (§ 130) und hat als solcher mit dem Grundsatz der Selbstbestimmung - Abschluß und inhaltliche Gestaltungsfreiheit - nichts zu tun. "Zugang" und "Abgabe" sind streng

---

50) Palandt-Danckelmann § 162.2; Staud.-Coing § 162.7; Soergel-Knopp § 162.1; Erman-Hefermehl § 162.1.

51) Herrschende Rspr. u. Lehre; RG JW 21, 1238; RGZ 129, 376; 168, 261, 267; BGH LM Nr. 5 zu Art. 4 KRG 45; Flume § 40 1 g; Staud.-Coing § 162.6; Soergel-Knopp § 162.3; Erman-Hefermehl § 162.1; RGRK-Kuhn § 162.2; Larenz, Allg. Teil § 31 I (S. 480, Anm. 4).

52) Mot. I, S. 372.

53) Flume, a.a.O., S. 721/2.

voneinander zu unterscheiden. Sie sind nicht wesensgleiche Momente. Nur die "Abgabe" der Erklärung ist der Akt des rechtsgeschäftlichen Handelns, das entscheidende Moment der Willenserklärung[54]. Die Willenserklärung ist bereits in dem Augenblick vollendet, in dem sich der Erklärende endgültig über das "Ingeltungsetzen" seines Willens zur Herbeiführung des rechtsgeschäftlichen Erfolges geäußert hat. Der Zugang stellt dagegen nur eine an sich außergeschäftliche Tatsache dar[55]. Er entscheidet nur über den Zeitpunkt des "Wirksamwerdens" (§ 130) der abgegebenen Willenserklärung. Das ergibt sich besonders klar auch aus § 130 II, wonach Tod oder eintretende Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden nach Abgabe der Erklärung auf deren Wirksamkeit ohne Einfluß ist. Das hätte wenig Sinn, wenn der rechtsgeschäftliche Tatbestand vor dem Zugang der Erklärung noch vollendet wäre[56]. Der Zugang ist somit nur eine gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung. Wird also dieser nicht durch den Willen der Parteien gesetzt, so kann er auch nicht durch eine Vereitelung ersetzt werden. Deren Nichteintritt kann nicht als eingetreten gelten. Eine analoge Anwendung des § 162 ist - genauso wie bei der Genehmigung - nicht möglich[57].

Eine direkte Anwendung scheitert schon daran, daß die Verhinderung nach § 162 sich nicht auf den Zugang der Annahmeerklärung, sondern auf eine von den Parteien gesetzte, aber außer des Rechtsgeschäfts stehende Bedingung bezieht. Der Zugang der Annahmeerklärung wird hier sogar als eingetreten vorausgesetzt. Das Rechtsgeschäft selbst ist nämlich hier abgeschlossen; der Zugang der Annahmeerklärung ist nicht nur eine Rechtsbedingung für deren Wirksamkeit und damit für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, sondern auch ein unablösbares Tatbestandsstück des Vertragsschlusses als einheitlichen Aktes, als Ganzes[58]. Hierin

---

54) Flume § 14 2 (S. 226).
55) Oertmann, Die Rechtsbedingung, S. 63.
56) Oertmann, a.a.O., S. 63/4.
57) Mit Recht hat sich also die einmal vom RG (RGZ 58, 406, 408 f.) vorgenommene analoge Übertragung der Fiktion des § 162 nicht durchsetzen können (vgl. oben S. 196 m. Anm. 36). Gegen die Analogie aus dem gleichen Grunde auch schon David Gruch.B. 46, 232 ff.; Breit Seuff. Bl. 71, 593 f.; v. Blume, a.a.O., S. 4 f., 10; vgl. aber auch Titze Jher.Jb. 47, 447 f.
58) Es ist eine ganz andere Frage, ob die Annahmeerklärung - darüber hinaus - auch eine Rechtsbedingung für das Schuldversprechen als solches sei. Das Schuldversprechen "entsteht" schon im Moment, in dem es abgegeben und zugegangen ist, wird aber nur unter der Rechtsbedingung "wirksam", daß es angenommen wird und die Annahmeerklärung dem Versprechenden zugegangen ist. In diesem Sinne schon Köppen (Jher.Jb. 11, S. 335): "Das Versprechen des Offerenten macht den Oblaten zum creditor conditionalis, wie das Versprechen des Erblassens den Legator. Die Bedingung, unter welcher er die Forderung erhielt, ist auch bei ihm eine potestative conditio juris, die sich durch die Erklärung der Akzeptation erfüllt und den begonnenen Erwerb vollendet, durch die Ablehnung der Offerte defiziert und den begonnenen Erwerb aufhebt". Vgl. die scharfen Unterscheidungen Blomeyers in Studien I, bes. 3, S. 79 ff.

besteht auch die einzige Besonderheit gegenüber der Genehmigung, die eine "nachholbare, aber beim Geschäftsabschluß selbst noch ausstehende Wirksamkeitsvoraussetzung"[59] ist.

Durch diese Feststellung entfernt sich aber unser Fall von der Regelung des § 162 nocht mehr! Das Problem der Verhinderung der rechtsgeschäftlichen Bedingung läßt sich bei § 162 nur für die Fälle aufwerfen, wo - um mit den Worten Oertmanns[60] zu sprechen - "dem Geschäft bereits eine über die bloße Tatbestandsbedeutung hinausgehende Wirkung zukommt; ist es auf diese beschränkt, so sind die Parteien einander eine besondere Wahrung von Treu und Glauben (nach § 162) überhaupt nicht schuldig". Die Verhinderung des Tatbestandes ist der Verwirklichung des Tatbestandes nicht gleichzusetzen. Mit einer solchen Gleichsetzung hat die Vorschrift des § 162 nicht zu tun[61]. Die Regelung des § 162 beruht eben darauf, daß die Partei sich entgegen dem Sinne der rechtsgeschäftlichen Setzung der Bedingung oder entgegen dem "Sinne, der Tendenz des Rechtsgeschäfts" verhalten hat. Haben die Parteien die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von dem Eintritt einer von ihnen gesetzten Bedingung abhängig gemacht, so dürfen sie deren Eintritt nicht wider Treu und Glauben verhindern. Andernfalls gilt das Rechtsgeschäft als wirksam und tritt somit die rechtsgeschäftliche Haftung ein. Im Gegensatz dazu ist aber im Falle der Verhinderung des Zugangs der Annahmeerklärung der Tatbestand des Rechtsgeschäfts noch nicht erfolgt. Von einer rechtsgeschäftlichen[62] Pflicht bzw. Haftung kann hier deshalb keine Rede sein.

Aber was kann eigentlich durch eine Analogie des § 162 gewonnen werden? Es ist allgemein anerkannt, daß § 162 nur zur Unterlassung der zur Verhinderung der Bedingung führenden Handlungen verpflichtet, nicht aber auch zu positivem Tun: Es ginge viel zu weit, wenn jedes Unterlassen von Bemühungen, die auf die

---

59) Oertmann, a.a.O., S. 28.
60) Oertmann, a.a.O., S. 155.
61) So auch Flume § 40 2 g (S. 722); a.A. aber Schiedermair, Das Anwendungsgebiet des § 162, S. 42 ff., 48 ff.
62) Daß der "Tatbestand des Vertragsschlusses" als Ganzes auch eine Rechtsbedingung (den Zugang der Annahmeerklärung) in sich schließt, ändert selbstverständlich nichts an dem rechtsgeschäftlichen Charakter der daraus entspringenden Pflicht und Haftung. Der Zugang beeinflußt ja gar nicht die schon getroffene Parteivereinbarung; er "besiegelt" nur diese Vereinbarung, er verleiht ihr bloß rechtliche Wirkung. Die rechtsgeschäftliche Willenserklärung verliert ihre rechtsgeschäftliche Physiognomie nicht dadurch, daß sie erst durch die Verwirklichung einer Rechtsbedingung (des Zugangs) wirksam wird! Auch bei einem genehmigungsbedürftigen Vertrag wird durch die erfolgte Genehmigung die Haftung nicht in eine "gesetzliche" verwandelt.

Erfüllung von Bedingungen hinzielen, auch schon die Fiktion des Eintritts der Bedingung zur Folge haben sollte[63]. Eine sich auf den Zugang der Annahmeerklärung beziehende Pflicht muß aber dagegen auch alle positiven Handlungen erfassen, die zur Verhinderung des Zugangs führen. Hier handelt es sich nicht nur um eine Pflicht zur"Nicht-Verhinderung", sondern grundsätzlich um eine Pflicht zur Ermöglichung des Zugangs. Eine solche Mitwirkungspflicht findet ihre Parallele nur in der anderen Pflicht des bedingt Verpflichtenden, bei der Herbeiführung etwa der Genehmigung mitzuwirken. Diese Pflicht ist aber mit der des § 162 nicht identisch, sondern ergibt sich - wie die h.L. zu Recht unterscheidet[64] - als gesetzliche Pflicht aus dem Prinzip der c.i.c. oder der p.V.V.[65].

IV. Es bleibt also nichts anderes übrig, als unser Problem gerade in die Lehre von der c.i.c. einzuordnen[66]. Der entscheidene Grund dafür liegt darin, daß ein Verhalten zu beurteilen ist, das in unmittelbarem Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen steht. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine Pflicht des Offerenten zur Ermöglichung des Zugangs der Annahme als unabweislich.

---

63) Vgl. RGZ 79, 98; OLG Königsberg 12, 240; Lehmann-Hübner § 35 A VI 2 b (S. 285); Staud.-Coing § 162.3. Da die Bedingung nur suspendiert, nicht zwingt, sind die Partner eines bedingten Rechtsgeschäfts nicht verpflichtet, sich um den Eintritt der Bedingung zu bemühen; so Soergel-Knopp § 162.1.

64) Vgl. RGZ 114, 155, 159; 115, 38, 129, 376; BGH BB 56, 869; MDR 63, 837, 838; Ennec.-Nipp. § 196, Anm. 11, Erman-Hefermehl § 162.1; Soergel-Knopp § 162.3; Staud.-Coing § 162.6; Flume § 40 1 g (S. 722 f.); Schiedermair, a.a.O., S. 59 ff.

65) Da § 462 schon aus allgemeinen Gesichtspunkten auf unseren Fall nicht anzuwenden ist, erübrigt es sich, auf die Verschuldensfrage einzugehen. Entgegen früheren Auffassungen, wonach für die Anwendbarkeit des § 162 "arglistige" Vereitelung des Bedingungseintritts erforderlich sei (dies hat damals das RG, RGZ 58, 406, veranlaßt, § 162 nur bei Arglist analog anzuwenden; so heute noch Larenz, a.a.O., S. 419) oder fahrlässiges Verhalten genüge (so noch RGZ 122, 247; auch noch Flume § 40/1 e, S. 720) nimmt man heute überwiegend an, daß es auf ein Verschulden "im technischen Sinne" nicht ankomme, es vielmehr genüge, wenn ein treuwidriges Verhalten im objektiven Sinne vorliege (Staud.-Coing § 162.2; Erman-Hefermehl § 162.2; Soergel-Knopp § 162.6; Schiedemair, a.a.O., S. 16 ff., 21 ff.).

66) Dieser Richtung vor allem RGZ 97, 336; Regelsberger BankA 10, 274; Krückmann Recht 11, 56; Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 233 ff.; Baumert, a.a.O., S. 49 ff.; Steinberg, a.a.O., S. 57 ff.; Schönwald, V.b.V., S. 52 f.; Schlegelberger-Vogels § 145 III 1 a; Lehmann-Hübner § 33 II 2 b a (S. 239); vgl. auch v. Tuhr, a.a.O., S. 445/6, Anm. 254, S. 487; Soergel-Hefermehl § 130.25; Erman-Hefermehl § 145.8; Staud.-Coing § 130.22 (S. 738); Plank-Flad § 130.5; Dilcher AcP 154, 120, 131-137.

Von hier aus sind jetzt wichtige Einzelfragen zu klären:

1. So taucht zunächst die Frage auf, ob angesichts der Offenbarungspflicht eine besondere Zugangsermöglichungspflicht überflüssig sei. Die Pflicht, Empfangsvorkehrungen zu treffen, schließt unter Umständen Anzeigepflichten ein[67], z. B. die Mitteilung einer Adressenänderung. Aber doch nicht immer. So etwa dann, wenn der Offerent eine fernmündliche Erklärung erwartet oder einen Empfangsbevollmächtigten bestellt. Die Zugangsermöglichungspflicht ist also umfangreicher und entspricht eben der Vielfalt von Möglichkeiten zur Verhinderung des Zuganges. Aber abgesehen davon ist eine selbständige Pflicht zur Mitteilung von Umständen, die sich auf den Empfang der Annahmeerklärung beziehen, nicht denkbar. Wäre der Offerent nicht verpflichtet, die Erklärung entgegenzunehmen, so brauchte er auch nicht etwa seine neue Anschrift mitzuteilen. Die Mitteilungspflicht beruht auf der Pflicht, für die Möglichkeit der Entgegennahme zu sorgen. Wenn der Offerent eine solche Mitteilung unterläßt, verletzt er also nicht die Mitteilungs-, sondern schlechthin die Empfangspflicht[68].

2. Diese Pflicht entsteht dann nur innerhalb des Antragsverhältnisses und betrifft nur den Offerenten.

Ihr Entstehungstatbestand ist nicht durch einfache Verhandlungen erfüllt. Die bloßen Verhandlungen verpflichten die Partner nicht dazu, den Zugang[69] von irgendwelchen - insbesondere der mit der Erfüllung der Offenbarungspflicht verbundenen - Erklärungen des anderen Teils zu ermöglichen. Denn jeder darf die Verhandlungen grundsätzlich stets abbrechen. Will er die Verhandlungen nicht mehr fortsetzen, so kann ihn auch keine besondere Pflicht treffen, sich für eingehende Erklärungen empfangsbereit zu halten[70]. Er ist nur dann schadensersatzpflichtig, wenn er bei dem anderen das falsche Vertrauen erweckt, daß er die

---

67) Staud.-Coing § 130.21 (S. 736).
68) Ebenso Baumert, a.a.O., S. 52 f.
69) Das Erfordernis des "Zugangs" ergibt sich hier nicht unmittelbar, sondern nur nach Analogie aus der Vorschrift des § 130. Die in Vertragsverhandlungen abgegebenen Erklärungen sind nämlich keine "rechtsgeschäftliche Erklärung", sondern gehören zu den sog. "geschäftsähnlichen Handlungen". (So z. B. Hildebrandt, a.a.O., S. 90, Anm. 30 a und Raiser, AcP 127, 22, Anm. 75, hinsichtlich der Aufforderung zur Offerte). Die Analogie dürfte zum einen auf dem Gedanken beruhen, daß die fraglichen "Erklärungen" die Betätigung eines Willens erfordern, welcher die gesetzliche Rechtsfolge auslöst, und zum anderen darauf, daß sie einen Kundgabesinn haben und an einen bestimmten anderen gerichtet sind (vgl. im allgemeinen Ennec.-Nipp. § 207; Lehmann-Hübner § 38 II; Soergel-Hefermehl Vor § 116.17; Larenz, Allg. Teil § 32, S. 497).
70) So Baumert, a.a.O., S. 51, 53.

Verhandlungen fortsetzen will. Dann beruht aber seine Haftung nicht auf der Verletzung einer Empfangspflicht, sondern nur darauf, daß er seinen Gegner nicht rechtzeitig von seinem Entschluß, die Verhandlungen nicht fortzuführen, informiert hat. Die angeführte Begründung trifft jedoch nur dann zu, wenn der Partner durch Vereitelung des Zugangs die Verhandlungen tatsächlich abgebrochen hat. Es kann aber auch sein, daß er die Verhandlungen weiterführt., ja sogar zum Vertragsschluß kommt, obwohl er den Zugang einer Erklärung des anderen - insbesondere fahrlässig - vereitelt hat. Der künftige Käufer sendet seinem Verhandlungspartner einen Brief ab , der wichtige Erklärungen über die Beschaffenheit der Kaufsache enthält. Der Brief geht dem Adressaten nicht zu, weil dieser inzwischen seine Wohnung aufgegeben hat, ohne seine neue Adresse bekanntzugeben. Der Brief geht aber auch nicht dem Absender zurück, weil er "auf der Reise nach ihm" verlorengegangen ist, so daß der Absender von der Vereitelung des Zugangs beim Adressaten nichts weiß. In einiger Zeit meldet sich der Käufer wieder und schickt sogar dem Verkäufer sein Kaufsangebot ab. Der Verkäufer nimmt es sofort an. Nach dem Vertragsschluß stellt der Käufer fest, daß die Kaufsache "mangelhaft" sei. Kann er sich also auf den nicht erfolgten Zugang und damit auf Nichtaufklärung über den "Sachmangel" berufen und infolgedessen Schadensersatz wegen Verletzung der Offenbarungspflicht des Verkäufers verlangen? Nein, in keinem Fall! Denn der Adressat hat die ihm abgeschickte Erklärung schuldhaft vereitelt. War er an den Vertragsschluß noch interessiert, so mußte er ohne weiteres seine neue Anschrift bekanntgeben, damit er mögliche Erklärungen seines Partners über den Vertragsgegenstand empfangen kann. Hat er dies nicht getan, so handelte er nur auf eigene Gefahr, wenn er den Vertrag abschloß. Das heißt jedoch nicht, daß ihn eine "Pflicht" zur Empfangsbereitschaft trifft, sondern nur eine "Obliegenheit" für den Empfang von Erklärungen der Gegenpartei zu sorgen. Sie ergibt sich daraus, daß die im Verhandlungsstadium insbesondere zur Erfüllung der Offenbarungspflicht abgegebenen Erklärungen nur dem Interesse des Erklärungsempfängers dienen[71]; der Partner muß über gewisse Umstände aufgeklärt werden, von denen

---

71) Bei der Abgabe einer "rechtsgeschäftlichen Erklärung" geht man dagegen grundsätzlich davon aus, daß die Erklärung gerade in seinem eigenen Interesse abgegeben werden soll; ein Vertragsantrag oder eine Vertragsannahme z. B. wird in dem Bewußtsein vorgenommen, daß der beabsichtigte Vertrag den Interessen des Antragenden bzw. des Annahmenden entspricht. Eine Vereitelung des Zugangs des Vertragsantrags seitens des Annehmenden oder der Vertragsannahme seitens des Offerenten verletzt daher unmittelbar das Interesse des Gegenpartners!

er sich keine Kenntnis verschaffen kann, damit er weiter erwägt, ob er noch verhandelt oder ob und unter welchen Bedingungen er den Vertrag schließt. Bei Verletzung der "Obliegenheit" entsteht der Schaden nicht bei der Gegenpartei, sondern bei dem Verletzer selbst. Er selbst muß also diesen Schaden durch entsprechende Sorgfalt vermeiden, er selbst muß ihn tragen, wenn er die erforderlichen Empfangsvorkehrungen zu treffen unterläßt. Auf den nicht eingetretenen Zugang kann er sich alsonicht berufen und demgemäß auch nicht auf Verletzung der Offenbarungspflicht des Partners klagen. Die Offenbarungspflicht ist zwar erst im Moment vollkommen erfüllt, in dem die hierin enthaltenen Erklärungen dem "Empfänger" zugegangen sind. Aus einer Vereitelung des Zugangs darf der Empfänger jedoch kein Recht ableiten, wenn er selbst den Zugang schuldhaft verhindert hat.

Muß aber wenigstens eine "Pflicht"[72] des Akzeptanten zur Ermöglichung des Zugangs der Offerte angenommen werden? Auch diese Frage ist zu verneinen. Wer ein Angebot ablehnen kann, der braucht es sich auch nicht erst zugehen zu lassen. Man kann nicht zum Empfang von Vertragsangeboten verpflichtet sein, nur um sie wieder unverzüglich ablehnen zu müssen, weil man sich sonst ersatzpflichtig macht. Der scharfe Abbruch der Beziehungen und die einfachste Ablehnung eines Antrags liegen darin, die Erklärungen der anderen Partei nicht anzunehmen oder den Zugang direkt zu verhindern[73].

Ist aber eine Offerte abgegeben und auch noch zugegangen, so ist der Offerent an die Offerte "gebunden" (§ 145). Er kann sie nicht widerrufen, von seiner Position als Verhandlungspartner nicht mehr zurücktreten. Eine Zugangsermöglichungspflicht kann also nur dem Offerenten nach dem Zugang der Offerte entstehen[74].

3. Wie kann nun diese Pflicht begründet werden? Die letztere Feststellung hat nur einen negativen Aussagewert. Sie besagt nur, daß die Pflicht nur für den Offerenten wegen der Bindung an die Offerte entstehen könnte, keineswegs aber zugleich, daß sie dann besteht.

---

72) Von einer "Obliegenheit" kann hier nicht geredet werden; vgl. obige Anm. Die Offerte ist keine "geschäftsähnliche Handlung", sondern "rechtsgeschäftliche Willenserklärung".

73) Baumert, a.a.O., S. 51. Aus dem gleichen Grund lehnt Baumert die Zugangsermöglichungspflicht auch in den Fällen der §§ 663 BGB und 362 HGB - mit Recht - ab; a.A. aber Dilcher, a.a.O., S. 135, 133.

74) Vgl. Baumert, a.a.O., S. 51, 53.

Aus der Vorgeschichte des § 145 ergibt sich nur, daß der Gesetzgeber mit der "Gebundenheit" des Offerenten die im früheren Recht bestehende Widerrufsmöglichkeit ausschließen wollte[75]. Aus dieser Vorschrift läßt sich kaum mehr ableiten. Gleichwohl darf man von folgender Aussage der Motive ausgehen: "(Der Antragsempfänger) muß darauf vertrauen können, daß mit der von seiner Seite rechtzeitig erklärten Annahme der Vertrag zustande kommt. Der Antragsempfänger bedarf eines sicheren Ausgangspunktes..."[76]. Diese "sichere" Rechtsposition oder das "Vertrauen" des Akzeptanten auf das "Zustandekommen" des Vertrages würde nun stets gefährdet, wenn der Offerent nicht bei dem Zugang der Annahme mitwirken müßte; denn dieser könnte den Zugang der Annahme und damit das Zustandekommen des Vertrages beliebig verhindern. Damit also der Vertrag durch die rechtzeitig erklärte Annahme erfolgen kann, ist eine Mitwirkung des Offerenten erforderlich. Der Akzeptant muß also auch auf die Mitwirkung des Offerenten vertrauen können. Würde man die Mitwirkungspflicht verneinen, so müßte man den Vertragsabschluß nicht von der Entscheidung des Akzeptanten, sondern unzulässigerweise noch vom Verhalten des Offerenten abhängig machen. Trotzdem scheint der Gesetzgeber an eine solche Pflicht gar nicht gedacht zu haben. Hätte er den fraglichen Sachverhalt vor sich, so hätte er ihn wohl regeln müssen. Bei der Einführung der "Gebundenheit" dachte er nur an die Frage der Widerruflichkeit. Diese Vorstellung kann kaum überspielt werden. Es läßt sich auch nicht sagen, der Gesetzgeber habe zwar an die Pflicht nicht gedacht, sie ergebe sich aber aus dem "objektiven Sinn" der Gebundenheit. Das wäre nicht wahr. Aus dem oben zitierten und diskutierten Satz der Motive läßt sich nicht entnehmen, daß die Zugagnsermöglichungspflicht existiert. Daraus ergibt sich nur - und das ist sehr wichtig - daß diese Pflicht existieren muß, damit die Bindungswirkung der Offerte "vollkommen" wird. Flume bemerkt zutreffend: "Die Bindungswirkung der Offerte wäre unvollkommen, wenn sie auf den Ausschluß der Widerruflichkeit beschränkt wäre"[77]. Der § 145 ist also in dieser Hinsicht "ergänzungsbedürftig".

---

75) Vgl. Mot. I, S. 164 ff.
76) Mot. I, S. 165.
77) Flume § 35 I 3 e (S. 644).

Die notwendige Ergänzung darf nun unbedenklich im Sinne der Prinzipien der c.i.c. erfolgen. Daraus ergibt sich eine gesetzliche Pflicht mit Vertrauenscharakter. Das Verhandlungsverhältnis ist hier in seine letzte kritische Phase getreten, in ein "Antragsverhältnis umgewandelt". Die Beziehungen sind intensiver geworden, die Parteien stehen vor dem endgültigen Abschluß. Weitere Verhandlungsmöglichkeiten gibt es nicht mehr. Die Annahmeerklärung ist abgegeben, nunmehr hängt der Abschluß nur noch vom Verhalten des Offerenten ab. Der im ganzen Verhandlungsstadium herrschende Grundsatz von Treu und Glauben muß vor allem hier das entscheidende Wort haben. Weil der Offerent mit dem Zugang der Annahme rechnet und rechnen muß, muß er sich empfangsbereit halten. Er muß sich nicht nur in der Weise gebunden fühlen, daß er die Offerte nicht widerrufen kann, sondern auch, daß er die Annahmeerklärung zu empfangen hat. Das Vertrauen des Akzeptanten darauf, daß der Vertrag mit seiner Annahmeerklärung zustande kommt, muß auch auf diese Weise gesichert werden.

4. Die Verpflichtung besteht in der ganzen Zeit der Gebundenheit. Es ist an sich gleichgültig, ob die Offerte kurz oder lang oder gar nicht befristet ist[78]. Man kann nicht entgegenhalten, daß in den letzten zwei Fällen der Akzeptant die Möglichkeit der Zustellung gem. § 132 habe. Denn es wäre unbillig, in den genannten Fällen dem Akzeptanten die Pflicht aufzuerlegen, seine Erklärung nur durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers zustellen zu lassen. Da die Benutzung des § 132 eine notwendige Beschränkung der Überlegungszeit mit sich bringt, würde eine solche Pflicht unter Umständen sein "Recht" auf Vertragsannahme behindern. Es kann außerdem sein, daß er die mit seiner Zustellung verbundenen erhöhten Kosten vermeiden will. Vor allem aber ist zu beachten, daß das Gesetz den § 132 im Interesse des Erklärenden angeordnet hat, um ihm den Beweis des Zugehens zu sichern; eine Pflicht zu seinen Ungunsten daraus herzuleiten, ist demnach nicht möglich.

5. Kann sich der Offerent dem Zugang der Annahme durch die Anzeige entziehen, daß er innerhalb der von ihm gesetzten Frist nicht mehr zu erreichen sei? A läßt dem B telefonisch eine Offerte zugehen und will sich bis für die nächsten 5 Stunden binden. Eine Stunde nach dem Zugang der Offerte teilt A dem B mit, er sei innerhalb der übrigen Frist nicht mehr zu erreichen. B schickt sofort

---

78) Ebenso Baumert, a.a.O., S. 51 f.

ein Telegramm, der Bote findet aber die Wohnung geschlossen und das Telegramm geht unbestellt zurück. Nähme man an, mit einer solchen Mitteilung habe der Offerent seiner Mitwirkungspflicht genügt[79], so müßte man ihn von ihr und damit von jeder Haftung frei erklären. Auch kann der Offerent auf diese Weise die ihm unliebsamen Erklärungen in allen Fällen vereiteln, in denen der Akzeptant die Frist bei Zustellung nach § 132 nicht einhalten könnte. Da aber der Akzeptant unbedingt eine Frist braucht, um die Offerte annehmen zu können, muß man hier den Offerenten als verpflichtet ansehen, entweder einen Empfangsbevollmächtigten zu ernennen oder eine angemessene Nachfrist zu bestimmen[80]. Macht er hiervon nicht Gebrauch, so ist sein Verhalten u.U. als vorsätzliches zu beurteilen; so z. B. dann, wenn er weiß, daß infolge seiner Anzeige der Zugang nicht mehr möglich ist, und er will es. Es mag aber auch sein, daß der Offerent mit der Anzeige nur seine wirkliche Unmöglichkeit zum Empfang der Annahmeerklärung aussprechen will. Diese Fälle sind richtigerweise nicht nach der Anzeige selbst, sondern nach der Pflicht zur Mitwirkung zu beurteilen; sie betreffen das Verschulden bei der Mitwirkungspflicht und sind von hier aus zu beantworten. Die Anzeige allein kann also die Pflicht zur Mitwirkung nicht aufheben oder einschränken.

6. Das Verschuldensproblem dürfte keine Schwierigkeiten bereiten. Hält man an der Einordnung unserer Frage in die c.i.c. fest, so ist nicht einzusehen, warum das hier allgemein herrschende Verschuldungsprinzip zugunsten einer schuldlosen Gefährdungshaftung durchbrechen sollte[81]. Anhaltspunkte dafür ergeben sich auch nicht aus dem Verkehrsbedürfnis, denn die Fälle der Verhinderung des Zugehens infolge Zufalls sind doch selten. Der Verschuldensmaßstab richtet sich hier - wie bei der Offenbarungspflicht - nach den erstrebten Vertrage[82].

7. Auch bei der Frage der Rechtsfolge dürfte die Situation klar sein. Nach § 249 hat der zum Schadensersatz Verpflichtende den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten

---

79) So Baumert, a.a.O., S. 53.
80) Der Antragsteller soll durch Verhinderung der Annahme auf Kosten des anderen nach Treu und Glauben nicht spekulieren können.
81) Vgl. Regelsberger, a.a.O.; Krückmann, a.a.O.; Hildebrandt, a.a.O.; Baumert, a.a.O., S. 75 f.; Steinberg, a.a.O.; Staud.-Coing § 130.22; Dilcher, a.a.O., S. 133.
82) Eingehend dazu Baumert, a.a.O.

wäre. Wäre also das Verschulden des Offerenten nicht eingetreten, so wäre die Annahmeerklärung zugegangen und der Vertrag zustande gekommen, der Offerent wäre dann zur Erfüllung verpflichtet. Nach § 249 müßte also der Offerent zur Herstellung gerades Erfüllungszustandes verpflichtet sein.

Diese klare Forderung wird jedoch von der h.L. mit der Begründung abgelehnt, sie widerspreche hier der Interessenlage. Das Interesse des Offerenten an der Kenntnisnahme der Annahmeerklärung solle nicht über das Maß hinaus mißachtet werden, das durch das Interesse des Akzeptanten am rechtzeitigen Zugang gefordert werde[83]. Ohne die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Erklärung dürfe der fahrlässige Offerent nicht ihr entsprechend behandelt werden[84]; denn eine solche Behandlung wäre für ihn in dem Falle unbillig, in dem er, auf das Nichtzustandekommen des Vertrages vertrauend, sich gegenüber einem Dritten binde und erst längere Zeit nachher erfahre, was inzwischen geschehen sei[85]. Auf der anderen Seite bestehe der Schaden des Akzeptanten nur darin, daß er infolge des Verhaltens des Offerenten die Frist versäumt habe; es genüge daher zu seinem Schutz die Gewährung einer Nachfrist[86], damit die mißglückte Erklärung erneut vorgenommen werden könne. Wiederhole der Akzeptant die Erklärung (nötigenfalls nach § 132) unverzüglich, so sei der Offerent gemäß § 249 verpflichtet, sich so behandeln zu lassen, als sei die Erklärung schon in dem Zeitpunkt wirksam geworden, in dem sie zuerst hätte zugehen können[87]. Auf diese Weise werde sowohl der Schutz des Akzeptanten wie auch die Abwendung des Schadens des Offerenten gewährt. Unmittelbare Folge der Pflichtverletzung soll also der Eintritt einer Fristverlängerung sein und nicht der Schadensersatz nach § 249[88].

Es mag zugegeben werden, daß diese Darlegungen zunächst überzeugend wirken. Einer näheren Nachprüfung halten sie aber keineswegs stand. Die konsequente Anwendung des § 249 widerspricht in der Tat nicht zu der Interessenlage:

Zunächst ist die Ansicht, daß der Schaden des Akzeptanten lediglich in der Fristversäumnis bestehe, nicht haltbar. Das Verhalten des Offerenten bewirkt

---

83) Lehmann-Hübner § 32 II 9 (S.232).
84) v. Tuhr, a.a.O., S. 446; Dilcher, a.a.O., S. 132.
85) Regelsberger, a.a.O., S. 275 rechts/unten.
86) Sie sei aus Treu und Glauben zu entnehmen; v. Tuhr, a.a.O., S. 447.
87) Dilcher, a.a.O.; v. Tuhr, a.a.O.
88) v. Tuhr, a.a.O., S. 447, 487.

nicht nur die Fristversäumnis, sondern schlechthin die Verhinderung des Zugangs. Fristversäumnis und Verhinderung des Zugangs stehen in einem untrennbaren Zusammenhang. Die Verhinderung des Zugangs hat die Nichteinhaltung der Frist notwendig zur Folge. Die Einhaltung der Frist ist nur möglich mit dem Zugangseintritt. Wird dieser vereitelt, so ist die Frist versäumt, und so tritt kein Vertragsschluß ein[89]. Der Schaden des Akzeptanten besteht hier also in dem Nichtzustandekommen des Vertrages überhaupt. Der Akzeptant durfte aber darauf vertrauen, daß er mit der Annahmeerklärung den Vertrag zustande bringt und dadurch den vertraglichen Erfüllungsanspruch erhält. Dieses Vertrauen wird hier verletzt. Sein Interesse läßt sich deshalb nicht mit der bloßen Gewährung einer Nachfrist befriedigen. Vielmehr verlangt es nach dem Prinzip der Naturalrestitution nach § 249 die Erfüllung des Vertrages. Und deshalb darf man ihn auch nicht zu einer Nachholung der Erklärung "verpflichten". Die unverzügliche Wiederholung soll hier den Offerenten vor Schaden bewahren[90].

Die Unzulänglichkeit dieses Standpunktes zeigt sich nun, wenn der Akzeptant die Wiederholung unterläßt. Dann würde der Offerent frei sein, obwohl ihm während seiner Gebundenheit eine Pflichtverletzung zur Last fällt. Man kann nicht einwenden, daß bei einer unterlassenen Wiederholung anzunehmen sei, daß der Akzeptant nicht mehr auf seiner Erklärung bestehe. Diese Annahme wäre eine willkürliche Fiktion, weil maßgebender Moment für die Ermittlung des wirklichen, rechtlich relevanten Willens des Akzeptanten nicht die Zeit außerhalb, sondern innerhalb der Annahmefrist ist[91]. Das ergibt sich schon daraus, daß der Annahmewille nur innerhalb der Annahmefrist erklärt werden muß (§§ 147, 148). Wird er innerhalb dieser Zeit nicht erklärt, so ist ein "geheimer" Wille nach Ablauf der

---

89) Die "Frist" selbst ist für das Gesetz indifferent sie bringt keine Rechtsfolge mit sich. Deren Einhaltung oder Nichteinhaltung ist nur für den Tatbestand des Zugangs von Bedeutung; die Rechtsfolgen sind nur an diesen Tatbestand geknüpft.

90) Regelsberger, a.a.O.

91) Bei einer Offerte, die um 10 Uhr zugeht und bis 2 Uhr telefonisch angenommen werden soll, ruft der Akzeptant ab 11 bis 2 Uhr stets an, da er aber niemanden erreicht, gibt er gleich nach 2 Uhr seine Versuche auf. Warum sollte man nicht den innerhalb der Frist fest geäußerten Willen als den wahren Annahmewillen annehmen?

Frist selbstverständlich unbedeutend. Wird er ordnungsgemäß erklärt, so darf die Annahmeerklärung nicht für bedeutungslos erklärt und eine andere innerhalb einer neuen Frist verlangt werden, so daß sich damit der Annahmewille bestätigen läßt. Geht man davon aus, daß die Annahmeerklärung - Abgabe und Zugang - nur innerhalb der Annahmefrist gültig ist, so muß man dasselbe auch für den Annahmewillen annehmen. Das Gegenteil wäre nur unter dem Gesichtspunkt der Fiktion des rechtzeitigen Zugangs möglich, wobei nämlich die Annahmeerklärung auch außerhalb der Annahmefrist abgegeben und zugegangen werden dürfte; dann müßte wohl der Annahmewille wiederholt erklärt werden, bis die Erklärung (verspätet) zugeht. Lehnt man aber diese Fiktion ab[92], so muß man auch eine Fiktion des Willens ohne weiteres ablehnen.

Die Frage, die in den Vordergrund der Beurteilung rückt, ist nicht der Schutz des Offerenten gegen mögliche Schäden, sondern seine Haftung für die Verhinderung des Zugehens, zumal er alle Schäden gegenüber Dritter vermeiden könnte, wenn er beim Zugang nicht fahrlässig gehandelt hätte. Man müßte sich deshalb zuerst über die Haftung des Offerenten entscheiden und erst dann an seinen Schutz denken.

Ein solcher Schutz ist jetzt in einer Offenbarungspflicht des Akzeptanten zu sehen[93]. Hat dieser alles ihm Zumutbare getan, um die Annahmeerklärung rechtzeitig zugehen zu lassen, so muß er unverzüglich dem Offerenten mitteilen, daß alle seine Erklärungsversuche fehlgegangen sind, sobald er dies erfährt. Auf diese Weise wird der Offerent vor Schäden völlig bewahr. Der Vorteil dieser Lösung besteht darin, daß die Anzeige keine konstruktive Wirkung auf die Wirksamkeit der Erklärung und damit des Vertrages hat. Unterläßt der Akzeptant die Mitteilung schuldhaft, ist aber deshalb noch kein Schaden bei dem Offerenten eingetreten, so wird der schuldhafte Offerent bei dem Vertrage festgehalten und darf sich nicht darüber beschweren - er hat ja dann auch kein berechtigtes Interesse an der Nichterüllung[94]. Hat er einen Schaden erlitten, so hat er gegen den anderen einen Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung der

---

92) Vgl. oben S. 196ff.
93) So auch Krückmann, a.a.O., S. 58 ff.; Hildebrandt, a.a.O., S. 238, Anm. 76.
94) Krückmann, a.a.O., S. 61.

Offenbarungspflicht der auch noch bis zum Erfüllungsinteresse reichen kann[95]. Da aber bei der Entstehung dieses Schadens auch ein Verschulden des Offerenten mitgewirkt hat (er hätte den Schaden nicht erlitten, wenn er beim Zugang die erforderliche Sorgfalt zeigte), ist ihm die Höhe des Schadensersatzes nur gemindert nach § 254 zu gewähren[96]. Dieses Ergebnis entspricht vollkommen der Interessenlage. Wollte man dem Angebotsempfänger statt einer Anzeige[97] eine Sorgfaltspflicht zur Wiederholung auferlegen, so würde man die Haftung des Offerenten nicht von seiner Pflichtverletzung, sondern von der Unterlassung der Nachholung abhängig machen. von einer Haftung also, die mit seinem Verschulden nichts zu tun hat[98].

Die Wiederholung findet auch im Gesetz keine Stütze. Das Argument, der Umstand, daß der Empfänger durch sein Verhalten den Zugang der Erklärung verhindert habe, nichts an der Rechtsnatur der empfangsbedürftigen Erklärung ändere, deren Wirksamkeit nach § 130 den Zugang voraussetzt[99], übersieht, daß dieser Paragraph dem Interesse des Erklärungsempfängers dient, und zwar insofern, als er den Zugang fordert. Im Antragsverhältnis aber ist das Interesse des Akzeptanten an dem rechtzeitigen Erfolg des Zugangs maßgebend, eben deswegen, weil er darauf vertrauen darf, daß mit seiner rechtzeitig erklärten Annahme der Vertrag zustande kommt, daß also seine Erklärung dem Offerenten rechtzeitig zugeht[100]. Dieses Interesse bzw. Vertrauen darf ihm keineswegs verkümmert werden. Ist seine rechtzeitig erklärte Annahme durch Verschulden des Offerenten

---

95) So z. B. dann, wenn der Offerent, ohne das Zustandekommen des Vertrages zu wissen, die zum Verkauf angebotene Sache inzwischen weiterverkauft, und sich dadurch die Erfüllung unmöglich gemacht hat, weil ihn der Gegner den Erklärungsfehlgang nicht unverzüglich anzeigte; Hildebrandt, a.a.O.; vgl. Krückmann, a.a.O., S. 59.

96) Das übersehen Hildebrandt, a.a.O. und Krückmann, a.a.O., S. 59.

97) Die Anzeigepflicht besagt andererseits nicht etwas Neues, weil sie heute eine allgemeine bei jedem Schuldverhältnis wiederkehrende Sorgfaltspflicht ist und nach Treu und Glauben jede Partei trifft; so schon Krückmann, a.a.O., S. 61.

98) Titze will das Recht des Erklärenden auf Fristverlängerung mit der Lehre des Gläubigerverzugs rechtfertigen; vgl. aber oben S. 194, Anm. 26.

99) Ennec.-Nipp., a.a.O., S. 980.

100) Vgl. oben S. 208 ff.

verhindert worden, so braucht er nicht, um eine gültige Annahmeerklärung zu beschaffen, mehr zu tun, als er sonst hätte tun müssen. Das schuldhafte Verhalten des Antragenden darf seine Position keinesfalls erschweren[101]. Das angeführte Argument beruht auf formalen Gesichtspunkten und paßt nicht zu der spezifischen Natur des Antragsverhältnisses. Mit der Annahme einer Verpflichtung[102] des Offerenten entsteht ein besonderer Tatbestand, auf Grund dessen die Rechtsfolgen unmittelbar an die Verletzung der Pflicht zu knüpfen sind; es ist an sich gleichgültig, ob die Annahme verspätet oder überhaupt nicht zugegangen ist, sofern sie bei Erfüllung der Zugangsermöglichungspflicht rechtzeitig erfolgt wäre[103].

8. Da die Offerte, wenn der Offerent vor dem Zugang der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, nach § 153 auch noch annahmefähig bleibt, muß auch die Zwangsermöglichungspflicht in der Person des Erben oder gesetzlichen Vertreters fortdauern[104]. Dieser hat alle Vorsorge dafür zu treffen, daß ihm die Annahmeerklärung zugeht. Als Zeit, innerhalb derer die Empfangspflicht besteht, gilt grundsätzlich die vom Offerenten bestimmte Frist oder die gesetzliche nach § 247. Der Erbe oder sein gesetzlicher Vertreter muß aber die Zeit in Betracht ziehen, welche nötig ist oder damit eine noch an den Offerenten adressierte Erklärung dem Erben oder gesetzlichen Vertreter zugeht[105]. Es handelt sich um eine angemessene Verlängerung der Annahmefrist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben. Hat sich der Erbe oder Vertreter innerhalb dieser Frist zum Empfang der Annahme nicht bereit gehalten, so ist er wiederum nach § 249 schadensersatzpflichtig[106].

---

101) Ebenso Krückmann, a.a.O., S. 61.
102) Die obige Auffassung geht von der Verneinung einer Verpflichtung aus; vgl. oben S. 196 ff.
103) So richtig Hildebrandt, a.a.O.
104) "Es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist" (§ 153). Dann erlischt auch die Pflicht.
105) v. Tuhr, a.a.O., S. 470, Anm. 80.
106) Eine Verpflichtung zur Fristverlängerung als Folge der Pflichtverletzung (so Titze Jher.Jb. 48, S. 458/9) ist folglich nicht nötig, denn die Verlängerung der Geltungsdauer der Offerte bestimmt sich hier im vornherein nach Treu und Glauben.

LEBENSLAUF

Am 20.11.1940 wurde ich als Sohn des Volksschullehrers Dimitrios Karassis und seiner Ehefrau Maria, geb. Tjachanis, in Malakasion von Trikala (Griechenland) geboren.
Von 1946 bis 1952 besuchte ich die Volksschule in Malakasion, danach das Gymnasium in Trikala bis 1958. Im selben Jahr immatrikulierte ich mich an der Juristischen Fakultät der Universität Athen, und im Juni 1964 erhielt ich das Diplom der Rechtswissenschaften.
Am 24.9.1969 wurde ich nach einem Staatsexamen zum Rechtsanwalt beim Landgericht Athen ernannt.
Seit WS 1969/70 bin ich an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin mit dem Zweck der Promotion immatrikuliert.
Nebenbeschäftigungen: Literatur und Philosophie. Veröffentlichungen auf dem Gebiet der Literatur: "Schönheit und Schmerz", Athen 1964 (griechisch); "Agonie und Dürftigkeit", Athen 1966 (griechisch).